

Patronatserklärungen

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg - Universität Mainz

vorgelegt von

Dagobert Kohout

Rechtsanwalt in Koblenz

1984

Patronatserklärungen

Dissertation

**zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg - Universität Mainz**

vorgelegt von

Dagobert Kohout

Rechtsanwalt in Koblenz

1984

Erstberichterstatter: Professor Dr. iur. Klaus Müller
Zweitberichterstatter: Professor Dr. iur. Hans-Peter Scheerer
Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1984

Meinen Eltern und meiner Frau

Meinen Eltern und meiner Frau

Das Buch ist ein Teil der Arbeit, die ich in den letzten Jahren an der Universität von Bonn gemacht habe. Es ist eine Sammlung von Aufsätzen, die ich in den letzten Jahren in verschiedenen Zeitschriften veröffentlicht habe. Ich hoffe, dass Sie es mit Interesse lesen werden.

Ich möchte mich bei Herrn Prof. Dr. Klaus Müller
für die Anregung und Unterstützung beim Abfassen
der Arbeit sehr herzlich bedanken.

Großer Dank gebührt auch meiner Sekretärin, Frau
Mechthild Hay, für ihren unermüdlichen Fleiß bei
der Erstellung des Manuskriptes.

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seiten</u>
Gliederung	I - VI
Literaturverzeichnis	VII - XVII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII - XIX
Text	1 - 262



Digitized by the Internet Archive
in 2026

• Gliederung

	<u>Seite</u>
<u>§ 1 Einleitung</u>	1
I. Patronatserklärungen im Blickpunkt des Interesses	1
II. Begriff der Patronatserklärung	2
III. Erscheinung der Patronatserklärung	6
IV. Interessenlage bei Kreditsicherung durch Patronatserklärung	9
1. Interesse des Kreditinstitutes	9
a) Bemühen um traditionelle Sicherheiten	9
b) § 18 KWG	11
2. Gründe der Muttergesellschaft für die Verweigerung traditioneller Sicherheiten	14
a) Kapitalverkehrssteuergesetz	14
b) bilanzrechtliche Gründe	16
c) Einengung des Finanzierungsspielraumes	19
d) Einhaltung bestimmter Bilanzrelationen	19
e) Negativerklärung	21
f) Geschäftspolitik und standing	22
g) Kalkulation mit der Richtungsunsicherheit	22
h) außensteuerliche Gesichtspunkte	24
i) Bürgschaftsrahmen	25
j) interne Kompetenzschränken	26
k) Devisengenehmigung	26
l) Verwaltungstechnische Vereinfachung	27
3. Interessenausgleich	28
V. Einkreisung des Untersuchungsgegenstandes	29
1. Fünf Erklärungstexte PE I - PE V	30
2. Organschaftsvertrag	32
 <u>§ 2 Der Patronatsvertrag</u>	 34
I. Form	34
II. Aufbau	34
III. Zustandekommen	35
1. Problematik des kaufmännischen Bestätigungs- schreibens	36
2. der Antrag	39
a) wörtlich - konkludent	39
b) Abgrenzung AGB-Individualverträge	40
c) das wörtliche Angebot an die Allgemeinheit	43

	<u>Seite</u>
aa) die Offerte ad incertam personam	44
bb) Abgrenzung Offerte - invitatio ad offerendum	45
d) das konkludente Angebot an die Allgemeinheit	49
e) Auslegung eines Angebotes an die Allgemeinheit	50
f) Bestimmtheit des Antrages	50
g) zeitliche Begrenzung des Angebotes	51
aa) die Festofferte	51
bb) Abgrenzung Festofferte - "normales" Angebot	53
cc) Festofferte mit mehrfacher Annahmelmöglichkeit	54
3. die Annahme	55
a) die Problematik des § 362 I HGB	56
b) der Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung	57
4. Vertretung und Anfechtung	61
a) Vertretung	61
b) Anfechtung	64
IV. Ausschlußklausel	65
V. Rechtswahl und Gerichtsstand	67
1. Rechtswahlklausel	68
2. Gerichtsstandsklausel	71
VI. Zusammenfassung	75
<u>§ 3 Die Patronatserklärung I</u>	76
I. Verpflichtungsgehalt und Rechtsnatur	77
1. rechtsgeschäftliche Verpflichtung oder moralische Bemühungsverpflichtung	77
2. hinreichende Bestimmtheit des Erklärungsinhaltes	78
a) rechtsgeschäftliche Bemühungsverpflichtung	78
b) Auslegung der Patronatserklärung als Individualabrede	82
c) Auslegung der Patronatserklärung als Angebot an die Allgemeinheit	93
d) clausula rebus sic stantibus - Wegfall der Geschäftsgrundlage	93
e) versteckter Dissens und geheimer Vorbehalt	95
3. Rechtsnatur	96
a) Schuldübernahme	96
b) Schuldbeitritt	96
c) Kreditauftrag	99

	<u>Seite</u>
d) Garantie	102
e) Bürgschaft	107
f) Vertrag sui generis und Vertrag zu Gunsten Dritter	113
g) Problematik des Scheingeschäftes und des Umgehungsgeschäftes	121
aa) Scheingeschäft	121
bb) Umgehungsgeschäft	122
II. Erfüllung	125
A) Ausstattungsverpflichtung	125
1. Schuldgegenstand	125
2. Erfüllungsmittel	126
3. Fälligkeit der Leistung	130
4. Wahlbefugnis der Muttergesellschaft	134
5. Umfang der Ausstattungsverpflichtung	139
a) die sogenannte Nachschußpflicht	139
b) Sicherstellung der Annahme und der Weiterleitung der Ausstattungsmittel	143
c) Grenzen der Ausstattungsverpflichtung	146
d) zeitliche Dauer der Ausstattungsverpflichtung	149
6. Geltendmachen von Einreden und Einwendungen	151
a) eigene Einreden und Einwendungen	151
b) Einreden und Einwendungen aus dem Verhältnis Tochtergesellschaft - Kreditinstitut	151
aa) rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen	152
bb) rechtshemmende Einreden	155
- peremptorische	156
- dilatorische	158
cc) Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit	159
c) Freigabe von Sicherheiten	160
d) Verletzung banküblicher Sorgfalt	162
7. die Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung	162
a) zeitabschnittsweise Erfüllung	162
b) das Erlöschen des Ausstattungsdauerschuldverhältnisses	164
8. die Drittleistungsbefugnis der Muttergesellschaft	165

	<u>Seite</u>
a) Tilgung fälliger Kreditraten	165
b) Auswirkung der Drittleistung auf die Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung	169
c) Tilgung nicht fälliger Kreditraten und Erlöschen der Ausstattungsverpflichtung	171
d) Leistung gemäß § 267 BGB und Konkursanfechtung	178
9. Erfüllungsklage auf Ausstattung	180
B. Haftungsübernahme	185
1. Schuldgegenstand	185
2. Fälligkeit der Leistung	186
3. Umfang der Leistung	187
a) Maßgeblichkeit der Schadenshöhe	187
b) Problematik der Vorteilsausgleichung	189
c) Folgen der Verletzung banküblicher Sorgfalt	190
d) der Einfluß der Modifikation der Hauptforderung	191
aa) Konkurs	191
bb) Vergleich und Zwangsvergleich	191
cc) außergerichtlicher Vergleich und Teilerlaß	193
e) Verhältnis zwischen Haftungsübernahme und Kreditrestschuld	193
4. Geltendmachen von Einreden und Einwendungen	203
a) eigene Einreden und Einwendungen	203
b) Einreden und Einwendungen aus dem Verhältnis Tochtergesellschaft-Kreditinstitut	203
aa) rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen	203
bb) rechtshemmende Einreden	204
cc) Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit	204
c) die Freigabe von Sicherheiten	205
d) die Einrede der Vorausklage	205
5. Beweisfragen	205
III. Innenverhältnis und Innenausgleich	206
1. Innenverhältnis	207
2. Innenausgleich	209
a) bei Leistung gemäß § 267 BGB	209

aa) Ausgleich auf konzernrechtlicher Basis	209
bb) Ausgleich bei Geschäftsbesorgungs- vertrag oder Auftrag	210
cc) Ausgleich nach GoA	210
dd) Ausgleich nach § 812 BGB	214
b) bei Ausstattungsleistung	217
aa) Ausgleich auf konzernrechtlicher Basis	217
bb) Ausgleich bei Geschäftsbesorgungs- vertrag oder Auftrag	217
cc) Ausgleich nach GoA	218
dd) Ausgleich nach § 812 BGB	218
c) bei Haftungsleistung	219
aa) Ausgleich auf konzernrechtlicher Basis	219
bb) Ausgleich bei Geschäftsbesorgungs- vertrag oder Auftrag	219
cc) Ausgleich nach GoA	220
dd) Ausgleich nach § 812 BGB	221
ee) Ausgleich aus gesetzlichem For- derungsübergang	221
ff) Ausgleich nach § 426 I 1 BGB	223
gg) Besonderheiten beim Regreß	223
IV. Beteiligungsveräußerung	224
V. Bilanzierung	229
1. die Bilanzierungspflicht	229
a) Aktiengesellschaften	229
b) publizitätspflichtige Unternehmen	230
c) Gesellschaften mit beschränkter Haftung	230
d) Genossenschaften	231
e) sonstige Unternehmen	231
f) Ausblick (4. EG-Richtlinie)	231
2. Gewährleistungsvertrag und Eventual- verbindlichkeit	234
3. die Bilanzierung der Patronatserklärung I	234
VI. Einzelfragen	236
1. Abtretbarkeit	236
2. Pfändbarkeit und Verpfändbarkeit	239
3. Problematik des § 8 III VglO	239
4. die Abgabe der Patronatserklärung bei drohendem Konkurs	241
5. die Frage der bankmäßigen Sicherheit	241

	<u>Seite</u>
<u>§ 4 Die Patronatserklärungen II - V</u>	243
I. die Patronatserklärung II	243
1. Rechtsnatur	243
2. Erfüllungsansprüche	244
3. Ansprüche wegen Nichterfüllung	248
4. Bilanzierung	249
II. die Patronatserklärung III	250
1. Rechtsnatur	250
2. Erfüllungsansprüche	251
3. Ansprüche wegen Nichterfüllung	254
4. Bilanzierung	255
III. die Patronatserklärung IV	255
1. Rechtsnatur	255
2. Erfüllungsansprüche	257
3. Ansprüche wegen Nichterfüllung	258
4. Bilanzierung	259
IV. die Patronatserklärung V	259
1. Rechtsnatur	259
2. Rechtsscheinhaftung	261
3. Bilanzierung	262
<u>§ 5 Schlußwort</u>	262

Literaturverzeichnis

- Achterberg/Lanz Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, Bd. 2, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1967/1968 Stichwort Kreditsicherung, Bearbeiter Winden (zitiert: Winden)
- Adler/Düring/Schmaltz Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar, Bd. 1: Rechnungslegung, bearbeitet von Schmaltz, Forster, Goerdeler, Havermann, 4. Aufl., Stuttgart 1968
- Altenburger, Peter R. Die Patronatserklärungen als "unechte" Personalsicherheiten, Dissertation Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 40, Zürich 1979
- Alternativkommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Allgemeines Schuldrecht, 1. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1980 Bd. 3: Besonderes Schuldrecht 1. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1979 (zitiert: ALternativkommentar/Bearbeiter)
- Bähre/Schneider Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar, 2. Auflage, München 1976
- Bankgeschäftliches Formularbuch 18. Ausgabe, Köln 1969
- Baumbach/Duden Handelsgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., München 1980
- Baumbach/Hueck Aktiengesetz, Kommentar, 13. Aufl., München 1968
- Baumbach/Hueck Aktiengesetz, Kommentar, 11. Aufl., München und Berlin 1961, mit Auflagenhinweis zitiert
- Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann Zivilprozeßordnung, Kommentar, 41. Aufl., München 1983
- Bergström/Schultsz/
Käser Garantieverträge im Handelsverkehr, Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Mannheim vom 22. - 25. September 1971, Frankfurt 1972
- Bering, Rolf Prüfung der Deckungsstockfähigkeit von Industriekrediten durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1975, S. 25

- Bley/Mohrbutter Vergleichsordnung, Großkommentar, 4. Aufl., Bd. 1 Berlin und New York 1979, Bd. 2 Berlin und New York 1981
- Bodenstein/Eberth Kreditsicherung im Geschäftsverkehr mit dem Ausland, Bd. 1; Frankreich, Köln 1977
- Bodenstein/Jahn Kreditsicherung im Geschäftsverkehr mit dem Ausland, Bd. 2: Italien, Köln 1980
- Böhlhoff, Klaus Letters of Responsibility, Memorandum of the meetings of Committee E - Commercial Banking in Atlanta on 4th November 1977, in: International Business Lawyer 1978, S. 288
- Boetius, Jan Der Garantievertrag, Dissertation, München 1966
- Bötticher, Eduard Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das GestaltungsKlagerecht, in: FS Dölle, Bd. 1, S. 41, Tübingen 1963
- Bordt, Karl Die Bedeutung von Patronatserklärungen für die Rechnungslegung, in: Die Wirtschaftsprüfung 1975, S. 285
- Brink/Pedereit/Reinecker/
Scheerer Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil 1: Bundesrepublik Deutschland, Bd. 11 der Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen/Abteilung B Rechtswissenschaft, herg. von Walter Hadding und Uwe Schneider, Berlin 1976 (zitiert: Brink)
- Bülow/Böckstiegel Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, München 1974
- Cantzler, Klaus Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch, in: AcP 156, S. 29
- Christians, Friedrich
Wilhelm Finanzierungshandbuch, Wiesbaden 1980
- Consbruch/Möller/Bähre/
Schneider Gesetz über das Kreditwesen, Textsammlung (Loseblatt), München, Stand Mai 1981

- Diederichsen, Uwe , Der "Vertragsschluß" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, in JUS 1966, S. 129
- v. Einem, Henning Die Rechtsnatur der Option, Berlin 1974
- Emmerich, Volker Das GmbH-Konzernrecht, in: Der GmbH-Konzern, Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 34, Köln 1976
- Emmerich/Sonnenschein Konzernrecht, 2. Aufl., München 1977
- Enneccerus/Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus/Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1960
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 7. Aufl., Münster 1981 (zitiert: Erman/Bearbeiter)
- Esser/Schmidt Schuldrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl., Karlsruhe und Heidelberg 1976 Teilband 2, 5. Aufl., Karlsruhe und Heidelberg 1977
- Esser/Weyers Schuldrecht, Bd. 2: Besonderer Teil, Teilband 1, 5. Aufl., Karlsruhe und Heidelberg 1977
- Falter, Manuel Die Praxis des Kreditgeschäftes, 10. Aufl., Stuttgart 1980
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin und New York 1976
- Finger, Peter Bankgarantien und deutsches Internationales Privatrecht, AwD 1969, S. 486
- Firsching, Karl Besprechung des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 11.6.1980, in: IPRax 1981, S. 37
- Fischer/Schaffland Patronatserklärungen, in: Genossenschaftsforum Heft 2/76, S. 36 und Heft 3/76, S. 38

- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl.,
Berlin 1975
- Gamillscheg, Franz Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher
Parteiwille im internationalen Vertrags-
recht, in:
AcP 157, S. 303
- Geigy-Werthemann,
Catherine Die rechtliche Bedeutung garantieähn-
licher Erklärungen von herrschenden Unter-
nehmen im Konzern, in:
Festgabe zum Schweizerischen Juristentag,
1973 (Basel), S. 21
- Georgiades, Apostolos Optionsvertrag und Optionsrecht, in:
FS Karl Larenz, 1973 (München), S. 409
- Gerth, Axel Atypische Kreditsicherheiten,
2. Aufl., Frankfurt a. M. 1980
- Rechnungslegung bei Eventualverbindlich-
keiten nach geltendem und künftigen Recht
BB 1981, S. 1611 (mit Fundstellenhin-
weis zitiert)
- Organschaftsverhältnisse und produktions-
unabhängige Abnahmeverträge als Kredit-
sicherheit, ZKW 1978, S. 151 (mit Fund-
stellenhinweis zitiert)
- Die Patronatserklärung im französischen
Recht, RIW 1982, S. 477 (mit Fundstellen-
hinweis zitiert)
- Geßler/Hefermehl/Eckardt/
Kropff Aktiengesetz,
Kommentar, Band III, München 1973
(zitiert: Geßler/Hefermehl/Eckardt/
Kropff/Bearbeiter)
- v. Godin/Wilhelmi Aktiengesetz,
Kommentar, 4. Aufl.,
Berlin und New York 1971
- Großkommentar zum
Aktiengesetz Bd. 2., 3. Aufl., Berlin 1970,
Bd. 4., 3. Aufl., Berlin und New York 1975
Bd. 1., 2. Aufl., Berlin 1961, mit Auf-
lagenhinweis zitiert
(zitiert: Großkommentar/Bearbeiter, AktG)
- Großkommentar zum HGB 3. Aufl., Bd. III/3, Bankvertragsrecht,
(2. Bearb.), Berlin/New York 1981
(zitiert: Großkommentar/Bearbeiter, HGB)
- Hachenburg Großkommentar zum GmbHG,
Bd. 2., 7. Aufl.,
Berlin und New York 1979
(zitiert: Hachenburg/Bearbeiter)

- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts,
Tübingen 1930
- Heinrichs, Helmut Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen, in:
NJW 1977, S. 1505
- Huber, Harald G. Personalsicherheiten bei der Erteilung
von Bankkrediten unter Berücksichtigung
der sogenannten Patronatserklärungen, in:
S. 47, Bern und Stuttgart 1976
- Institut der Wirtschafts-
prüfer in Deutschland e.V. Entwurf einer Verlautbarung zur Aktien-
rechtlichen Vermerk- und Berichter-
stattungspflicht bei Patronatserklä-
rungen gegenüber dem Kreditgeber eines
Dritten (Entwurf IdW), in:
WPg 1976, S. 119
- Erläuterungen zum Entwurf einer Verlaut-
barung zur aktienrechtlichen Vermerk- und
Berichterstattungspflicht bei Patronats-
erklärungen gegenüber dem Kreditgeber eines
Dritten (Erläuterungen IdW), in:
WPg 1976, S. 209
- Stellungnahme 2/76 des Hauptfachausschusses
des Instituts der Wirtschaftsprüfer
mit Erläuterungen und Begründung: Zur
aktienrechtlichen Vermerk- und Berichter-
stattungspflicht bei Patronatserklärungen
gegenüber dem Kreditgeber eines Dritten
(Stellungnahme IdW), in:
DB 1976, S. 1921
- Entwurf einer Verlautbarung zur Bilan-
zierung bei Personenhandelsgesellschaften,
Erläuterungen und Begründung, in:
WPg 1976, S. 114
- Jäger/Lent Konkursordnung, Kommentar,
Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1958
- Jährig/Schuck Handbuch des Kreditgeschäfts,
3. Aufl., Wiesbaden 1978
- Käser, Jörg Garantieverprechen als Sicherheit im
Handelsverkehr, in:
RebelsZ 35, 601

- Kamprad, Balduin Gesellschaftssteuerpflicht bei Patronatserklärungen?, in: DB 1969, S. 327`
- Kegel, Gerhard Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1977
- Kinnebrock, Franz Kapitalverkehrssteuergesetz, 3. Aufl., München 1960 sowie 4. Aufl., München 1974
- Kleiner, Beat Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 3. Aufl., Zürich 1979
- Köhler, Helmut Patronatserklärungen als Kreditsicherheit: tatsächliche Verbreitung -wirtschaftliche Gründe- rechtliche Bedeutung, in: WM 1978, S. 1338
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz 3 Bände, Köln, Berlin, München, Bonn 1970 - 1981
(zitiert: Kölner Kommentar/Bearbeiter)
- Koppensteiner, Hans-Georg Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, Frankfurt, a. M., 1971
- Kronstein, Heinrich Die abhängige juristische Person, München, Berlin und Leipzig 1931
(Nachdruck Berlin 1973)
- Krumme, Friedrich-Heinrich Die Besicherung von Krediten deutscher Kreditinstitute durch Zession von in der Schweiz oder Österreich belegenen Forderungen sowie durch Bürgschaften von Schweizern oder Österreichern, Dissertation, Mainz 1973
- Kübler, Friedrich Gesellschaftsrecht, Heidelberg und Karlsruhe 1981
- Lange, Herrmann Handbuch des Schuldrechts, Band 1: Schadenersatz, Tübingen 1979
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, München 1980 (Larenz AT)

- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts,
Bd. 1: Allgemeiner Teil, 12. Aufl.,
München 1979 (Larenz SchuR AT)
- Lehrbuch des Schuldrechts,
Bd. 2: Besonderer Teil, 12. Aufl.,
München 1981 (Larenz SchuR BT)
- Lehmann/Dietz Gesellschaftsrecht,
3. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1970
- Lwowski, Jürgen Kreditsicherheiten, 2. Aufl., Berlin 1974
(mit Auflagenhinweis zitiert)
- Kreditsicherheiten, 4. Aufl., Berlin 1979
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht,
10. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München
1981
- Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck Konkursordnung, Kommentar,
9. Aufl., München 1979
- Möser, Heinz Dieter Patronatserklärung und Kreditsicherheit,
in: DB 1979, S. 1469
- Mosch, Wolfgang Patronatserklärungen deutscher Konzern-
muttergesellschaften und ihre Bedeutung
für die Rechnungslegung, Dissertation,
Berlin 1977
- Mugdan, Benno Die gesamten Materialien zum BGB,
Bd. 1, Berlin 1899
- Müller, Klaus Die Haftung der Muttergesellschaft
für die Verbindlichkeiten der Tochter-
gesellschaft im Aktienrecht, in:
ZGR 1977, S. 1
- Genossenschaftsgesetz, Kommentar,
Bd. 1, Bielefeld 1976 (mit Fundstellen-
hinweis zitiert)
- Müllhaupt, Walter Rechtsnatur und Verbindlichkeit der
Patronatserklärung, in:
Schweizerische Aktiengesellschaft
1978, S. 109
- Münchner Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. 2 Schuldrecht, Allgemeiner Teil,
München 1979, Bd. 3, 1. Halbband und 2.
Halbband, Schuldrecht, Besonderer Teil,
München 1980 (zitiert: Münchner Kommentar/
Bearbeiter)

- Neumond, Hartwig Der Automat, Ein Beitrag zur Lehre über
die Vertragsofferte, in:
AcP 89, S. 166
- Nielsen, Jens Bankrecht,
4. Aufl., Bleckede/Elbe 1978
- Nikisch, Arthur Zivilprozeßrecht
2. Aufl., Tübingen 1952
- Obermüller, Manfred Die Patronatserklärung in:
ZGR 1975, S. 1
- Die Bank im Konkurs ihres Kunden,
Wiesbaden 1972 (mit Fundstellenhinweis
zitiert)
- Abkaufsverpflichtungen und Verpflichtungen
zu künftiger Sicherheitsleistung bei
Insolvenz des Verpflichteten, in:
DB 1976, S. 901 (mit Fundstellenhinweis
zitiert)
- Patronatserklärungen und kapitaleretzende
Darlehen, ZIP 1982, S. 915 (mit Fund-
stellenhinweis zitiert)
- Unternehmensverträge als Sicherheit
für Kredite an Tochtergesellschaften, in:
Die Bank 10/77, S. 36 (mit Fundstellen-
hinweis zitiert)
- Opel, Heinz von Die parktische und rechtliche Bedeutung
der Negativklausel, Nr. 32 der Gelben Reihe
des Instituts für Internationales Recht
des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Mainz 1979
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,
Kommentar, 42. Aufl., München 1983
(zitiert: Palandt/Bearbeiter)
- Pocar, Fausto Kondifikation der Kollisionsnormen auf dem
Gebiet des Vertragsrechtes im Rahmen der
Europäischen Gemeinschaft, in: Recht der
internationalen Wirtschaft 1979, S. 384
- Protokolle der Kommis-
sion für die zweite Lesung
des Entwurfs des Bürger-
lichen Gesetzbuchs Band II, Recht der Schuldverhältnisse,
Berlin 1898
- Rehbinder, Eckard Konzernaußenrecht und allgemeines Privat-
recht, Bad Homburg v.d.H. 1969
- Reichel, Hans Knebelhafte Baudarlehensverträge der
öffentlichen Hand, in:
AcP 136, S. 169

- Reinecker/Schneider Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Abt. B: Rechtswissenschaften, Bd. 16/ Teil II: Frankreich, Berlin 1978
(zitiert: Reinecker)
- RGRK Reichsgerichtsrätekomentar des bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl., Bd. II, 2. Teil, 4. Teil, Berlin, New York 1978
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- Roll, Hans Achim Anmerkung zum Urteil des BGH vom 1.2.74 betreffend die Berechnung des Schadens durch eine Geschäftsbank, in: NJW 1974, S. 1281
- Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht, 13. Auflage, München 1981
- Rotkies, Ewald Die neuen Vermögensanlagevorschriften aus aufsichtsbehördlicher Sicht, in: Versicherungswirtschaft 1975, S. 994
- Rümker, Dietrich Probleme der Patronatserklärung in der Kreditsicherungspraxis, in: WM 1974, S. 990
- Schaffland, Hans-Jürgen Patronatserklärungen - eine Untersuchung des Sicherheitscharakters und ihre Auswirkungen auf die Rechnungslegung, in: BB 1977, S. 1021
- Schlegelberger, Franz Handelsgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl., München 1973 - 77
(zitiert: Schlegelberger/Bearbeiter)
- Schmidt-Salzer, Joachim Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben und kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: BB 1971, S. 591
- Schneider, Hannes Letters of Responsibility, Report Federal Republic of Germany, in: International Business Lawyer 1978, S. 303
- Schönke/Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Karlsruhe 1978
- Schönke/Kuchinke Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969
- Scholz/Lwowski Das Recht der Kreditsicherung, 5. Aufl., Berlin 1980
- Schraeppler, Hans Joachim Patronatserklärungen als Sicherheit, in: ZKW 1975, S. 215

- Schröder, Jan Die harte Patronatserklärung - verschleierte Bürgschaft/Garantie oder eigenständiger Kreditsicherungstyp?
ZGR 1982, S. 552
- Schütz siehe unter Bankgeschäftliches
Formularbuch
- Schütze, Rolf Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen, in DB 1974, S. 1417
- Anerkennung und Vollstreckung deutscher Urteile im Ausland,
Herne/Berlin 1973 (mit Fundstellenhinweis zitiert)
- Die Geltendmachung deutscher Urteile im Ausland- Verbürgung der Gegenseitigkeit,
Herne/Berlin 1977 (mit Fundstellenhinweis zitiert)
- Seiler, Ilke Die Patronatserklärung, Dissertation,
Münster 1981
- Selb, Walter Entstehungsgeschichte und Tragweite des
§ 255 BGB, in:
FS Karl Larenz, 1973 (München), S. 517
- Sichtermann, Siegfried Bankgeheimnis und Bankauskunft,
2. Aufl., Frankfurt 1966
- Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln,
Mainz, 1978 - 1980 (zitiert: Soergel/
Bearbeiter)
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. 2, Bd.3 und Bd. 7, 10. Aufl., 1969 und
1970, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz,
1967, 1969 und 1970, mit Auflagenhinweis
zitiert (zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- Sperl, Gerhard Patronatserklärungen, in: Schaarschmidt,
Die Sparkassenkredite, 6. Aufl., Stuttgart
1980
- v. Staudinger Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10./
11. Aufl., Berlin 1955 - 1975, mit Auflagenhinweis zitiert (zitiert: Staudinger/
Bearbeiter)
- Stecher, Reiner "Harte" Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme, in:
Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen
des Institutes für Bankwirtschaft und
Bankrecht an der Universität zu Köln,
Bd. 23, Köln 1978
- Stein/Jonas Zivilprozeßordnung, Kommentar,
19. Aufl., Bd. 1; Tübingen 1972

- Szagunn/Neumann/Wohl-
schieß Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar,
3. Aufl., München 1976
- Tipke, Klaus Steuerrecht, 8. Aufl., Köln 1981
- Uhlenbruck, Wilhelm Insolvenzrecht,
Schriftenreihe Recht und Praxis,
Bonn 1979
- Ulmer/Brandner/Hensen Kommentar zum Gesetz zur Regelung
des Rechts der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen,
4. Aufl., Köln 1982
- Vallenthin, Wilhelm Rechtsgrundlagen des Bankgeschäfts,
Frankfurt 1974
- v. Westphalen,
Friedrich, Graf Rechtsprobleme der Exportfinanzierung,
2. Aufl., Heidelberg 1978
- Wieckenberg, Arnold Verpflichtungen unter dem Bilanzstrich,
BankInfo 11/76, S. 24
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung, Kommentar,
2. Aufl., Berlin 1976
- Winden siehe unter Achterberg/Lanz
- Wöhe, Günther Einführung in die Allgemeine Betriebs-
wirtschaftslehre,
14. Aufl., München 1981
- Wöhrle, Winfried Außensteuergesetz, Kommentar, Loseblatt-
sammlung, Stand Februar 1979, Stuttgart
- Wirtschaftsprüfer-Hand-
buch 1981 herausgegeben vom Institut der Wirt-
schaftsprüfer in Deutschland e.V.,
Düsseldorf 1981
- Zeiss, Walter Die Umdeutung einer formnichtigen
Bürgschaft in einen Kreditauftrag, in:
WM 1963, S. 906
- Ziegler, Karl-Heinz Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln
des BGB über die sog. Wahlschuld, in:
AcP 171, S. 193
- Zöller, Richard Zivilprozeßordnung, Kommentar,
13. Auflage, Köln 1981
- Rippert, Klaus Patronatserklärungen im deutschen und
französischen Recht.-Ihre Verwendung im
deutsch-französischen Rechtsverkehr-
Dissertation, Mainz 1982

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AG	Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AStG	Außensteuergesetz
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AWD	siehe unter RIW/AWD
Bank Info	Bankinformation für Volksbanken und Raiffeisenbanken
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff	folgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
HeLaBa	Hessische Landesbank
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hersch.	herausgegeben
IdW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
Jus	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

KO	Konkursordnung
KVStG	Kapitalverkehrssteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LM	Nachschlagewerk des BGH, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nennungen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PE	Patronatserklärung
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft/ Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
v.	von
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
Warn.	Warneyer, Die Rechtssprechung des RG
WM	Wertpapiermitteilungen
WpG	Die Wirtschaftsprüfung
WP-Handbuch	Wirtschaftsprüferhandbuch
WPM	Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZFO	Zivilprozeßordnung

§ 1 Einleitung

I Patronatserklärungen im Blickpunkt des Interesses

In der Bundesrepublik Deutschland entsprach es bis etwa Anfang der siebziger Jahre einer üblichen Geschäftspraxis, daß Konzernobergesellschaften zum Konzern gehörige abhängige Unternehmen auch ohne rechtliche Verpflichtung durch stützende Maßnahmen vor einem drohenden wirtschaftlichen Zusammenbruch bewahrten und so Insolvenzverfahren verhinderten¹. Seit der Rezession im Jahre 1974 läßt sich jedoch eine Abkehr von dieser Übung feststellen, da mehrfach auch von erstklassigen deutschen Großgesellschaften² illiquide Tochtergesellschaften fallengelassen wurden³. Durch diese Erscheinungen gewannen von den Banken hereingekommene sogenannte Patronatserklärungen erhöhte Aufmerksamkeit.

Etwa zur gleichen Zeit (nach dem Zusammenbruch der Herstatt-Bank) rückte der Begriff der Patronatserklärung auch in den Blickpunkt der Öffentlichkeit durch Presseberichte⁴, die Mutterbanken sollten zugunsten ihrer in Luxemburg ansässigen Eurotöchter

1 vgl. Hachenburg/Barz, GmbHG, § 13 Anhang II Rdn. 49.

2 Barz spricht insofern von ersten deutschen Adressen.

3 vgl. F. Wassner in: FAZ Nr. 160 v. 15.7.1975, S. 7; Schneider, International Business Lawyer 1978, S. 303; Altenburger, Die Patronatserklärungen als "unechte" Personalsicherheiten, S. 2; Huber, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, S. 58.

4 vgl. Blick durch die Wirtschaft v. 17.9.1974, S. 5; Handelsblatt v. 25.9.1974, S. 5; vgl. auch Brestel in FAZ Nr. 263 v. 12.11.1977, S. 9: Patronatserklärungen als "Stein des Anstoßes" für die Eurotöchter.

Patronatserklärungen abgeben, um die Sorge der beteiligten Kreise bezüglich eventuell auftretender Liquiditätsengpässe der Tochterbanken zu beheben.

Gleichermaßen hat die angebliche Haftung der Hessischen Landesbank aus einer zugunsten der Banque de Crédit Internationale in Genf abgegebenen Patronatserklärung große Beachtung gefunden¹.

II Begriff der Patronatserklärung

Durch diese Vorgänge ist ein Rechtsinstitut "Patronatserklärung" aus dem juristischen Dunkel² hervorgetreten, das erst allmählich anfängt, Konturen anzunehmen.

Es handelt sich dabei um ein relativ junges Institut, das von der Praxis für die Kreditsicherung geschaffen worden ist.³

So ist es im Bankgeschäftlichen Formularbuch von 1966 (17. Auflage) noch nicht aufgeführt⁴, wird jedoch schon

1 vgl. DER SPIEGEL Nr. 40 v. 27.9.1976, S. 86 ff;
FAZ Nr. 224, 226 vom 6.10. und 8.10.1976, jeweils S. 13;
FAZ Nr. 245 v. 21.10.1977, S. 13;
vgl. Urteil des LG Frankfurt v. 8.3.1977, veröffentlicht
in AG 77, S. 321 f.

2 Rabe spricht von juristisch tiefem Dunkel auf dem Gebiet der Patronatserklärung; Rabe in: Diskussionsbericht zu Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Mannheim v. 22.-25.9.1971, abgedruckt bei Bergström/Schultsz/Käser, Garantieverträge im Handelsverkehr, S. 49.

3 vgl. WP-Handbuch 1981, S. 2202.

4 anders auch die 18. Auflage 1969, S. 425 und Muster S. 439.

im Enzyklopädischen Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen von 1967/68 (3. Auflage) erörtert¹.

Der von Lwowski² 1972 prognostizierte Rückgang der Bedeutung der Patronatserklärung ist nicht eingetreten; vielmehr ist sie eine häufige Erscheinung im Wirtschaftsalltag und erfreut sich größter Beliebtheit^{3/4}.

Allerdings soll die Zahl der Patronatserklärungen in jüngster Zeit nach einer Erhebung von Köhler wieder rückläufig sein⁵.

1 vgl. Winden in Achterberg/Lanz, Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, S. 1080.

2 vgl. Lwowski, Kreditsicherheiten (1. Auflage 1972) S. 37; anders aber 3. Aufl. 1978, und 4. Auflage 1979, jeweils S. 47;

3 vgl. Müllhaupt, Schweizerische Aktiengesellschaft 1978, S. 109; Köhler, WM 1978, S. 1339; Sperl, Sparkassenkredite, S. 736; Schneider, S. 303; auch FÄZ Nr. 82 v. 9.4.1977 mit Zitat von Institut der Wirtschaftsprüfer: "wie eine Lawine".

4 Entgegen dieser großen wirtschaftlichen Bedeutung ist die Anzahl der Urteile verschwindend gering. Köhler, S. 1341, berichtet von einem bekanntgewordenen Rechtsstreit über den Inhalt einer Patronatserklärung vor dem Handelsgericht Paris, vgl. Handelsblatt vom 11.7.1978 und 23.4.1979; zu erwähnen ist auch ein Urteil des LG Frankfurt vom 8.3.1977 bezüglich der Haftung der Hessischen Landesbank für die Schulden der BCI, Banque de Crédit Internationale, in Genf, abgedruckt in AG 1977, S. 321. Im übrigen ist auf die Urteile des BFH vom 15.7.1976 und 19.1.1977, abgedruckt in BStBl 1977, Teil II, S. 91 ff. und S. 355 ff., hinzuweisen, in denen es um die Frage ging, inwieweit Patronatserklärungen als Sicherheitsleistungen im Sinne von § 3 Abs. 2 Satz 1 KVStG 1959 gewertet werden können; vgl. auch Schneider, S. 304, sowie Seiler, Die Patronatserklärung, S. 1, die von einem Urteil des Tribunal de Commerce, Paris, mit nur französischen Beteiligten in 1981 berichtet; hierzu ausführlich: Gerth, Die Patronatserklärung im französischen Recht, RIW 1982, S. 477 - 481.

5 vgl. Köhler, S. 1339 und 1349 und Obermüller, Patronatserklärungen und kapitalersetzende Darlehen, ZIP 1982, S. 915; die gegenläufige Tendenz wird von Sperl, S. 736, und Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, S. 355, berichtet; wie letztere auch Schneider, S. 303.

Der Begriff "Patronatserklärung" hat keinen gesetzlich fest umrissenen Inhalt, ist kein Rechtsbegriff und bringt daher auch nicht für die Beteiligten vorhersehbare Klarheit bei den Rechten und Pflichten¹. Es handelt sich dabei vielmehr um einen Sammelbegriff für eine Reihe von Schirm- und Schutzherrschaftserklärungen² mit unterschiedlichem Verpflichtungsgehalt³. Seine Bandbreite reicht von losen Zusagen mit Goodwill-Charakter⁴ bis zu Verpflichtungen garantie-oder bürgschaftsähnlichem Gehalt⁵, mit denen Wohlverhalten und/oder unterstützende Maßnahmen zugesagt oder in Aussicht gestellt werden⁶, um zur

-
- 1 vgl. Mosch, Patronatserklärungen, S. 1; Brink, in: Recht der Kreditsicherheiten I, BRD, S. 91; Nielsen, Bankrecht, S. 184; Reinecker, in: Recht der Kreditsicherheiten II, Frankreich, S. 96, auch für Frankreich; Bodenstein/Jahn, Kreditsicherungen, Bd. 2, Italien, S. 96; Scholz/Lwowski, S. 355; Stellungnahme 2/76 des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer, DB 1976, S. 1921; Obermüller, Die Patronatserklärung, ZGR 1975, S. 46; Möser, DB 1979, S. 1471; vgl. auch Geigy-Werthemann, in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, S. 22, zu den Begriffen "Letter of intent" und "Letter of awareness".
- 2 vgl. Bordt, WPg 1975, S. 285; Wassner, S. 7.
- 3 Erläuterungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer, WPg 1976, S. 209; Rümker, WM 1974, S. 990; Mosch, S. 1; Nielsen, S. 184; v. Westphalen, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, S. 198; Scholz/Lwowski, S. 355; Altenburger, S. 3 und 19 sowie 40; Brink, S. 91; vgl. im übrigen zu der Begriffsvielfalt des Begriffes selbst: Müllhaupt, S. 109.
- 4 vgl. Käser, RabelsZ 35 (1971), S. 613, er spricht von Zusagen, die dem Empfänger ein "warm feeling" geben sollen.
- 5 vgl. Schaffland, BB 1977, S. 1021; Rümker, S. 990; Obermüller, S. 2; Bordt, S. 285; Käser, in: Bergström/Schultsz/Käser, S. 32; Schraepfer ZKW 1975, S. 215; Fischer/Schaffland, Genossenschaftsforum 1976 Nr. 2, S. 36; Mosch, S. 3; Stecher, Harte Patronatserklärungen, S. 9; Brink, S. 91; Reinecker, S. 96; Scholz/Lwowski, S. 355; Böhlhoff, S. 288; Bodenstein/Jahn, S. 96; Sperl, S. 736.
- 6 vgl. Obermüller, S. 2; Mosch, S. 1; Stellungnahme des IdW, S. 1921.

Valutierung eines Kredites' zu veranlassen oder seine Rückzahlung zu begünstigen¹. Gebräuchlich ist daher auch die Unterteilung in harte und weiche Patronatserklärungen².

In diesem Zusammenhang muß darauf hingewiesen werden, daß die Begriffsbestimmungen von Schütz³, Kamprad⁴ und Winden⁵, die den Begriff der Patronatserklärung nur für die sogenannte Ausstattungsverpflichtung verwenden, als historisch überholt und zu eng zu gelten haben⁶.

So gibt es heute eine Vielzahl von Erklärungen, die dem Begriff Patronatserklärung unterfallen⁷.

Daraus resultiert eine gewisse Unsicherheit bei der Beurteilung der Tragweite durch die Praxis⁸, was zur

1 vgl. Gerth, Atypische Kreditsicherheiten, S. 29; Bordt, S. 285; Köhler, S. 1338; Möser, S. 1470.

2 vgl. Mosch, S. 3; Bodenstein/Eberth, Kreditsicherungen, Bd. 1, Frankreich, S. 67; Wassner, S. 7; Bodenstein/Jahn, S. 96.

3 vgl. Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, S. 425, 439.

4 vgl. Kamprad, DB 1969, S. 327.

5 vgl. Winden, Kreditsicherung, in: Achterberg/Lanz, Enzyklopädisches Lexikon, S. 1080.

6 vgl. Obermüller, S. 2; Köher, S. 1338; Gerth, S. 30; Schaffland, S. 1021; Mosch, S. 1; eine von Stecher, S. 13, konstatierte Neigung, nur solche Erklärungen als Patronatserklärungen zu bezeichnen, kann nicht festgestellt werden; vgl. im übrigen auch Urteile des BFH vom 15.7.1976 und 19.1.1977, abgedruckt BStBl. 1977, S. 91 ff. und 355 ff.

7 Die umfangreichste, aber auch nicht vollzählige Aufstellung von Patronatserklärungen hat Mosch, S. 12 ff., geliefert, der 26 verschiedene Erklärungen behandelt.

8 vgl. Wieckenberg, Bank-Information für Volksbanken und Raiffeisenbanken 11/76, S. 24; Stellungnahme IdW, S. 1926.

Folge hat, daß zum Beispiel dem Abschlußprüfer alle abgegebenen oder hereingenommenen Patronatserklärungen vorzulegen sind¹.

III Erscheinung der Patronatserklärung

Patronatserklärungen werden in der Regel bei der Vergabe von Bankkrediten an Konzernunternehmen abgegeben², wo sie vorzugsweise zur Besicherung von Großkrediten hereingenommen werden. Dabei schwankt die Kreditsumme etwa zwischen 500.000,-- DM und 25.000.000,-- DM, das durchschnittliche Kreditvolumen umfaßt mehrfache Millionenbeträge³. Im Regelfall handelt es sich um Erklärungen einer Muttergesellschaft zugunsten ihrer Tochtergesellschaft, wobei Erklärungsempfänger eine Bank als Kreditgeber der Tochtergesellschaft ist⁴.

In der Minderzahl sind Erklärungen gegenüber einer Tochtergesellschaft⁵. Dabei sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: entweder tritt die Tochtergesellschaft ihre Rechte aus der Patronatserklärung mit Zustimmung der Muttergesellschaft an das Kreditinstitut

-
- 1 vgl. Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 16.12.1974 an die Spitzenverbände der Kreditinstitute, abgedruckt bei: Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, KWG, Ziffer 13.07; Schaffland, S. 1022; dementsprechend ist auch der Wortlaut der Vollständigkeitserklärung angepaßt worden, so daß der Mandant dem Prüfer bestätigen muß, daß sämtliche Patronatserklärungen vorgelegt sind, vgl. Stellungnahme IdW, S. 1926; Bordt, S. 298.
 - 2 vgl. Lwowski, S. 47; Falter, Die Praxis des Kreditgeschäftes S. 520; WP-Handbuch, S. 2202; bei Obermüller, S. 2, Nielsen, S. 184 und Scholz/Lwowski, S. 355 scheint dies sogar zur Begriffsbestimmung zu gehören; Rümker, S. 990; Gerth, S. 29; Brink, S. 90.
 - 3 vgl. Mosch, S. 16; Köhler, S. 1339; Stecher, S. 2, FN 2.
 - 4 vgl. Bordt, S. 285; Fischer/Schaffland, Nr. 2 S. 36; Schraepfer, S. 215; Brink, S. 91; Nielsen, S. 184; Böhlhoff, International Business Lawyer 1978, S. 288; Altenburger, S. 16, auch Obermüller, ZIP 1982, S. 918.
 - 5 vgl. Möser, S. 1470; Mosch, S. 2.

ab¹, oder die Muttergesellschaft verpflichtet sich dem Kreditinstitut gegenüber, die der Tochtergesellschaft erteilte Zusage für die Dauer des Kreditverhältnisses nicht zu verändern bzw. nicht zu beschränken².

Auch diese Erklärungen gegenüber einer Tochtergesellschaft werden als Patronatserklärungen bezeichnet, da sie auch auf eine Verbesserung der Kreditwürdigkeit der Tochtergesellschaft durch Stellen einer Kredit-sicherheit im weitesten Sinne abzielen³.

Nicht als Patronatserklärungen akzeptiert werden dagegen isolierte Erklärungen gegenüber einer Tochtergesellschaft ohne Drittwirkung, da sie den geforderten Zweck nicht erfüllen⁴. Die von Mosch⁵, Jährig/Schuck⁶ und wohl auch Müllhaupt⁷ vertretene Auffassung, dies auf alle Erklärungen gegenüber der Tochtergesellschaft auszudehnen, wird widersprochen, da für eine solche Begrenzung keine triftigen Gründe sprechen⁸.

1 Zweifel, ob die Rechte aus einer Erklärung gegenüber der Tochtergesellschaft in jedem Falle abtretbar sind, entfallen bei Vorliegen der Zustimmung der Muttergesellschaft, vgl. Stellungnahme IdW, S. 1923.

2 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1921, 1923; Möser, S. 1470; Bordt, S. 286; Schaffland, S. 1023.

3 vgl. Lwowski, S. 47; Scholz/Lwowski, S. 355; Stellungnahme IdW, S. 1921; Fischer/Schaffland, Nr. 2, S. 39, 40; Müller, ZGR 1977, S. 29, behandelt eine weitere Variante, bei der die Zusage über die Tochtergesellschaft an das Kreditinstitut gelangt, und zwar dermaßen, daß die Muttergesellschaft die Patronatserklärung durch die Tochtergesellschaft abgibt. Es handelt sich hier aber um eine Erklärung der Muttergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut, die die Tochtergesellschaft nach Vertretungsregeln abgibt.

4 anderer Ansicht Sperl, S. 736.

5 vgl. Mosch, S. 2.

6 vgl. Jährig/Schuck, Handbuch des Kreditgeschäfts, S. 301.

7 vgl. Müllhaupt, S. 109.

8 Insbesondere kann eine nur geringe Bedeutung dieser Erklärungsform in der Praxis eine solche Begrenzung nicht rechtfertigen, vgl. Mosch, S. 2.

Soweit oben ausgeführt worden ist, daß Patronatserklärungen in der Regel im Konzernbereich abgegeben werden, ist darauf hinzuweisen, daß sowohl in der Praxis als auch in der Literatur in jüngster Zeit die Tendenz zu beobachten ist, die Patronatserklärung allgemein auch außerhalb des Konzernbereiches als neues atypisches Sicherungsmittel zu akzeptieren¹. Darüber hinaus kann eine Erklärung unter Umständen nicht mehr bloß als Mittel einer konkreten Kreditbesicherung dienen, sondern weitergehend ein Ausdruck der wirtschaftlichen Einschätzung des Unternehmens durch den Erklärenden sein und damit allgemein auf Verbesserung der Kreditwürdigkeit abzielen².

Anzumerken ist, daß Banken sowohl als Nehmer als auch als Geber von Patronatserklärungen in Erscheinung treten, wobei jedoch ihre Funktion als Nehmer weit im Vordergrund steht³.

Im folgenden soll jedoch von der typischen Erscheinungsform der Patronatserklärung im Konzernbereich ausgegangen werden, daß also eine Muttergesellschaft zugunsten ihrer Tochtergesellschaft eine Erklärung abgibt und ein Kreditinstitut als Nehmer dieser Erklärung beteiligt ist.

-
- 1 vgl. Möser, S. 1472, mit Beispielen und Köhler, S. 1341, der den privaten Mehrheitsgesellschafter erwähnt; zweifelnd Altenburger, S. 16 mit FN 1.
2 vgl. Beispiele bei Möser, S. 1472; dabei ist jedoch die Abgrenzung zu den oben angeführten isolierten Erklärungen zu beachten.
3 vgl. Köhler, S. 1339; Stecher, S. 2; auch Urteil des LG Frankfurt v. 8.3.1977, veröffentlicht in AG 77, S. 321.

IV Interessenlage bei Kreditsicherung durch Patronatserklärung

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Patronatserklärung um einen Sammelbegriff für eine Palette von Erklärungen mit sehr unterschiedlichem Verpflichtungsgehalt¹. Dabei ist eine Patronatserklärung entgegen dem Wortlaut keine einseitige Willenserklärung, sondern ein Vertrag, dessen Zulässigkeit sich aus dem im Schuldrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) ergibt². Da also kein Typenzwang herrscht, kann der Inhalt der einzelnen Patronatserklärung zwischen den Beteiligten frei vereinbart werden (Inhaltsfreiheit)³. Hierbei treffen unterschiedliche Interessenrichtungen und Faktoren wirtschaftlicher Macht aufeinander⁴.

1. Interesse des Kreditinstituts

a) Bemühen um Kreditbesicherung durch traditionelle Sicherheiten durch die Muttergesellschaft

Bei der Kreditvergabe an Konzerntochtergesellschaften durch eine Bank hat diese oft ein lebhaftes Interesse an einer Kreditbesicherung durch die Konzernmuttergesellschaft⁵. Dies folgt daraus, daß die grundlegende Voraussetzung für die Vergabe eines Kredites das Vertrauen des Kreditgebers in die Zahlungswilligkeit und die Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers ist.

Beide Elemente werden jedoch im Konzern im wesentlichen Maße von der Konzernmutter bestimmt. Dies folgt daraus, daß der Kern des juristischen Konzernbegriffes die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheit-

1 vgl. oben S. 4, FN 3.

2 vgl. Staudinger/Löwisch, BGB, § 305, Anm. 2 und 3; Larenz, Schuldrecht, AT, § 4.

3 vgl. Urteile des BFH v. 15.7.1976 und 19.1.1977, veröffentlicht in BStBl 1977, Teil II, S. 93 und 356; Köhler, S. 1341.

4 vgl. Altenburger, S. 1.

5 vgl. Huber, S. 58; Müllhaupt, S. 109.

licher Leistung ist¹. Dabei versteht man unter Leistung die unternehmerische Entscheidung über die Geschäftsführung².

In der Praxis spielen dabei insbesondere personelle Verflechtungen zwischen den einzelnen rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften eine wichtige Rolle, aber auch vertraglich eingeräumte Weisungsbefugnisse der Konzernspitze. Hierdurch ist die Konzernmutter in der Lage, das Geschäftsergebnis und das Gesellschaftsvermögen der Tochtergesellschaft nachhaltig zu beeinflussen³. Des weiteren droht die Gefahr, daß die Konzernmutter bei negativer Geschäftsentwicklung der Tochtergesellschaft sich von dieser trennt, obwohl sie vorher ihren Einfluß geltend gemacht hat. Häufig ist auch der Fall, daß das haftende Vermögen der Tochtergesellschaft im Vergleich zum Kreditvolumen allein nicht genügend ist⁴. Dies ist insbesondere dann festzustellen, wenn es sich um ein neugegründetes Unternehmen oder um ein neues risikoreiches Fabrikationsprogramm handelt⁵.

Aus diesen Gründen wird die Bank versuchen, eine Besicherung des Kredites durch die Muttergesellschaft zu erreichen. Dabei sind Patronatserklärungen meist das Ergebnis längerer Verhandlungen auf höchster Ebene⁶. Bei diesen Verhandlungen wird die Bank zunächst bemüht sein, eine traditionelle Sicherheit wie eine Schuldmitübernahme, eine Bürgschaft oder eine Garantie von der Muttergesellschaft zu erhalten⁷. Dies Be-

1 vgl. Kölner Kommentar/Biedenkopf/Koppensteiner, AktG, § 18, IV am Anfang.

2 vgl. Großkommentar/Würdinger, AktG, § 18, Anm. 5.

3 vgl. Altenburger, S. 96.

4 vgl. Müllhaupt, S. 109; Bodenstein/Jahn, S. 96; Altenburger, S. 17.

5 vgl. Jährig/Schuck, S. 297.

6 vgl. Köhler, S. 1342; Möser, S. 1471; Altenburger, S. 86.

7 Bei der rechtstatsächlichen Erhebung von Köhler im Juni 1978 trat zu Tage, daß die Banken wegen der oft schwierigen und vor allem zeitraubenden Verwertung von Grundpfandrechten an Realsicherheiten als Kreditbesicherung ein deutlich nachlassendes Interesse zeigen. Dies trifft vor allem bei der Konstellation zu, daß Gesellschaften Grundstücke im Ausland als Sicherheit anbieten. vgl. Köhler, S. 1340 sowie Bodenstein/Jahn, S. 97.

mühen versteht sich daraus, daß diese Sicherungsformen einen feststehenden Begriffsinhalt haben und sich daher die Risiken der Besicherungsform hinreichend kalkulieren lassen.

b) § 18 KWG als Stärkung der Stellung des Kreditinstituts

In diesem Zusammenhang ist die Bedeutung des durch die KWG-Novelle von 1976 verschärften § 18 KWG zu erörtern.

§ 18, Satz 1 und 2, KWG lautet:

"Von Kreditnehmern, denen Kredite von insgesamt mehr als fünfzigtausend Deutsche Mark gewährt werden, hat sich das Kreditinstitut die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse, offenlegen zu lassen. Das Kreditinstitut kann hiervon absehen, wenn das Verlangen nach Offenlegung im Hinblick auf die gestellten Sicherheiten oder auf die Mitverpflichtungen offensichtlich unbegründet wäre."

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 KWG ist als Kreditnehmer auch die Muttergesellschaft anzusehen¹, so daß auch deren wirtschaftlichen Verhältnisse offenzulegen sind. Dabei bedeutet Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine sachgerechte Darstellung anhand zuverlässiger Unterlagen².

Die Vorschrift selbst erwähnt bereits die Vorlage der Jahresabschlüsse, wobei zu beachten ist, daß es nicht genügt, nur den letzten Jahresabschluß vor der Kreditgewährung einzusehen, sondern daß es in der Regel erforderlich ist, auch frühere Jahres-

1 vgl. Szagunn/Neumann/Wohlschies, KWG, § 18, Anm. 6; Bähre/Schneider, KWG, § 18, Nr. 3; Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, KWG-Texte Nr. 4.19: entsprechende Mitteilung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen, Nr. 1/62, v. 30.10.1962.

2 vgl. Szagunn/Neumann/Wohlschies, § 18 Anm. 4.

abschlußunterlagen heranzuziehen¹. Darüberhinaus sind zusätzliche Unterlagen (z.B. Umsatzstatistiken, Meldung über Auftragsbestand) einzuholen, wenn die Jahresabschlüsse allein nicht genügen.

Damit ist in § 18 KWG der selbstverständliche Geschäftsgrundsatz festgeschrieben, daß eine substantiierte Prüfung der Kreditwürdigkeit des potentiellen Kreditnehmers prinzipiell geboten ist - zum Schutz der Bankgläubiger und auch zum Schutz der Bank selbst.

Die Tauglichkeit dieser Vorschrift bezüglich der Erlangung von traditionellen Sicherheiten unterliegt jedoch Zweifeln in mehrfacher Hinsicht.

Zum einen verdient Satz 2 des § 18 KWG besondere Beachtung, in dem ein Absehen von der Offenlegung statuiert wird. Die Feststellung aber, ob im Hinblick auf die gestellten Sicherheiten oder auf die Mitverpflichteten eine Offenlegung offensichtlich unbegründet ist, trifft das Kreditinstitut selbst.

Damit ist aber das Kreditinstitut dem Druck des Kreditnehmers ausgesetzt, aus Wettbewerbsgründen auf eine Offenlegung zu verzichten. Zwar besteht in der Literatur Einigkeit darüber, daß für den Ausnahmefall ein enger Maßstab anzulegen ist², so daß nur solche Sicherheiten darunterfallen, die ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers verwertbar sind und deren Realisierung die volle Kreditsumme einschließlich Kosten deckt^{3/4}.

1 vgl. Mitteilung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen Nr. 1/62, abgedruckt bei: Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, Nr. 4.19.

2 vgl. Bähre/Schneider § 18, Nr. 4; Szagunn/Neumann/Wohlschies, § 18 Anm. 12; Gaul, Sparkasse, Heft 9/78, S.322.

3 vgl. Szagunn/Neumann/Wohlschies, § 18, Anm. 12.

4 Bezüglich des in § 18 Satz 2 KWG genannten "Mitverpflichteten" ist zu beachten, daß darunter nicht die in § 19 Abs. 2 KWG genannten Unternehmen und Personen fallen (also auch nicht eine Konzernmuttergesellschaft); vgl. Mitteilung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen Nr. I2-237 v. 25.3.1964, abgedruckt bei Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, Nr. 4.40.

Aber aus Wettbewerbsgründen mag sich bei der Beurteilung der Sicherheiten eine gewisse Großzügigkeit einschleichen, die nicht geeignet ist, die Position des Kreditinstitutes bezüglich der Erlangung herkömmlicher Sicherheiten zu stärken. Davon abgesehen erscheint es aber auch zum anderen realistischer, daß der "Kreditnehmer" seine wirtschaftlichen Verhältnisse zur Überprüfung der Kreditwürdigkeit offenlegt, als daß er zur Herbeiführung des Ausnahmetatbestandes eine geeignete herkömmliche Sicherheit übernimmt.

Eine Tauglichkeit des § 18 KWG zur Erlangung von traditionellen Sicherheiten muß daher in hohem Maße bezweifelt werden¹.

In Zeiten allgemeinen wirtschaftlichen Wachstums wird die Neigung im Kreise der Kreditinstitute recht groß sein, auf eine traditionelle Besicherung zu verzichten und aus wettbewerblichen Gründen mit einer Patronatserklärung vorliebzunehmen, um durch diesen Beweis wirtschaftlichen Vertrauens einen begehrten Kunden zu gewinnen oder zu halten und ein Kreditgeschäft abzuwickeln, das betriebswirtschaftlich attraktiv ist^{2/3}.

1 vgl. Stecher, S. 8, FN 2.

2 Dabei ist zu beachten, daß Sparkassen möglicherweise satzungsrechtlich gehindert sind, Patronatserklärungen als Sicherheiten hereinzunehmen. Nach Falter, S. 521, kann eine Patronatserklärung, gleich welcher Fassung, nicht als satzungsgemäße Sicherheit angesehen werden; a.A. dagegen Schraepfer, S. 218, FN 9.

3 vgl. auch Altenburger, S. 19: grauer Grenzbereich zwischen eigentlicher Legalität und bloßer Faktizität; von ihm wird die Faktizität sehr optimistisch beurteilt, vgl. S. 30.

2. Gründe der Muttergesellschaft für die Verweigerung traditioneller Sicherheiten

Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, daß, so sehr der Muttergesellschaft auch an einer Kreditgewährung an die Tochtergesellschaft gelegen ist, sie bestrebt sein wird, kein herkömmliches Sicherungsrecht zu gewähren, um sich von rechtlichen Bindungen und Zahlungsverpflichtungen möglichst freizuhalten. Diese Bevorzugung von Patronatserklärungen gegenüber traditionellen Besicherungen hat vielfältige Gründe.

a) Kapitalverkehrssteuergesetz als historischer Grund

Ursprünglich wurden Patronatserklärungen vorgezogen, um Gesellschaftsteuer zu sparen¹. Gemäß § 3 I KVStG 1959² unterlag die Gewährung von Darlehen an eine inländische Kapitalgesellschaft durch einen Gesellschafter (also Zuführungen zum Fremdkapital) der Gesellschaftssteuer, wenn die Darlehensgewährung eine durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung (zum Beispiel durch Kapitalerhöhung oder weitere Einzahlungen) ersetzte. Einem solchen Darlehen eines Gesellschafters war hinsichtlich der Besteuerung durch § 3 II S. 1 KVStG 1959 das Darlehen eines Dritten dann gleichgesetzt, wenn ein Gesellschafter dafür Sicherheit leistete³.

1 vgl. Bergström/Schultsz/Käser, S. 32; Scholz/Lwowski, S. 355; Lwowski, S. 47; Obermüller, S. 2,3; Schraepfer, S. 215; WP-Handbuch, S. 2203; Bordt, S. 286; Köhler, S. 1338; Mosch, S. 11; Gerth, S. 30; Stecher, S. 4; Brink, S. 91, Rümker, S. 990; Jährig/Schuck, S. 301, Kamprad, S. 327; Schneider, S. 303.

2 Fassung vom 24. Juli 1952, BGBl I, S. 530.

3 vgl. Kinnebrock, Kapitalverkehrssteuergesetz, 3. Aufl., § 3.

Überwiegend wurde dazu von der Literatur und der Beratungspraxis die Auffassung vertreten, Patronatserklärungen stellten keine Sicherheitsleistungen im Sinne des § 3 KVStG 1959 dar¹. Demgegenüber war es die Ansicht der obersten Finanzbehörden der Länder, daß Patronatserklärungen der Gesellschaftsteuer unterlagen².

Diese Streitfrage ist jedoch zwischenzeitlich gegenstandslos geworden, da § 3 KVStG 1959 ersatzlos gestrichen worden ist³. Obwohl damit ein wesentlicher Anreiz zur Abgabe von Patronatserklärungen ab 1. Januar 1972 weggefallen war, ließ die Attraktivität dieser Besicherungsform nicht nach.

-
- 1 vgl. Kamprad, S. 327 f; Jährig/Schuck, S. 298/301; vgl. im übrigen auch Entscheidungen des BFH vom 15.7.1976, abgedruckt in: BStBl 1977, II, S. 91 ff und v. 19.1.1977, abgedruckt in: BStBl 1977, II, S. 355 ff.
 - 2 vgl. Bundesminister der Finanzen, Schreiben v. 15.12.1967 -IV A/4- S. 5102 - 1/67, veröffentlicht im Rundschreiben des Bundesverbandes des privaten Bankgewerbes Nr. 23 v. 7.3.1968, zitiert bei Jährig/Schuck, S. 301; vgl. auch Erlaß des Finanzministeriums Baden-Württemberg v. 26.2.1968 und die Kritik des BFH in BStBl 1977, II, S. 356, sowie Erlaß HMdF v. 31.1.1968, Deutsche Verkehrssteuerrundschau 1968, S. 78; weiterhin Winden, S. 1080.
 - 3 vgl. Änderungsnovelle v. 23.12.1971, BGBl I, S. 2134, Art. I, Ziff. 2 in Verbindung mit Art. IV, mit Wirkung ab 1.1.1972; siehe auch Tipke, Steuerrecht, S. 438.

b) Bilanzrechtliche Gründe

Wohl überwiegend beruht dies darauf, daß die Patronatserklärung auch aus bilanzrechtlichen Gründen ihre Bedeutung behalten hat¹. Nach § 149 II AktG in Verbindung mit §§ 39, 40 II HGB sind sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden in eine Bilanz aufzunehmen. Dies besagt der Grundsatz der Bilanzvollständigkeit. Weiterhin sind gemäß § 151 V Nr. 2 und Nr. 3 AktG gesondert "unter dem Strich" die Verbindlichkeiten aus Bürgschaften, Wechsel- und Scheckbürgschaften sowie aus Gewährleistungsverträgen zu vermerken. Das bedeutet, daß hier die sogenannten Eventualverbindlichkeiten aufzuführen sind, die unter Umständen eine Belastung darstellen, mit deren Eintritt der Bilanzierende jedoch nicht rechnet². Darüber hinaus existiert die subsidiäre Pflicht zur Berichterstattung im Geschäftsbericht über aus der Jahresbilanz nicht ersichtliche Haftungsverhältnisse gemäß § 160 III Nr. 7 AktG.

Da die traditionellen Sicherungsmittel wie Bürgschaft, Garantievertrag und Schuldmitübernahme einen Bilanzvermerk unzweifelhaft erforderlich machen, erstrebt die Muttergesellschaft eine Sicherung durch ihre Patronatserklärung, da sie so möglicherweise ihrer

1 vgl. Winden, S. 1080; Käser, S. 613; Diskussionsbericht der Tagung für Rechtsvergleichung in Mannheim 1971 in: Bergström/Schultsz/Käser, S. 51, 53; Geigy-Werthemann, S. 37; Rümker, S. 990; Vallenthin, Rechtsgrundlagen des Bankgeschäftes, S. 143; Obermüller, S. 2; Schraepfer, S. 215; Bordt, S. 286; Fischer/Schaffland, S. 36; IdW-Entwurf, WPG 1976, S. 119; Huber, S. 59f; Wieckenberg, S. 24; WP-Handbuch, S. 2203; Schaffland, S. 1021; Bodenstein/Eberth, S. 66; Falter, S. 520; Köhler, S. 1338; Lwowski, S. 47; Mosch, S. 6; Gerth, S. 21; Brink, S. 91; Bodenstein/Jahn, S. 97; Möser, S. 1470; Stecher, S. 5; Müllhaupt, S. 115; Sperl, S. 736; Scholz/Lwowski, S. 355; Schneider, S. 304; Böhlhoff, S. 289; Altenburger, S. 20; Seiler, S. 10.
2 vgl. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Kropff, AktG, § 151, Rdn. 124; Bordt, S. 288; Großkommentar/Mellerowicz, AktG, § 151, Rdn. 143.

Publizitätspflicht entgehen kann¹. Dies folgt aus einer gewissen Unsicherheit bezüglich der Vermerk- bzw. Berichtspflichtigkeit von Patronatserklärungen².

Sie ergibt sich aus dem Umstand, daß weder der Begriff "Eventualverbindlichkeit" noch der Begriff "Gewährleistungsvertrag" gesetzlich geregelt ist.

Der Begriff "Gewährleistungsvertrag" wurde durch das Aktiengesetz 1937 in § 131 VII eingeführt und löste den Terminus "Garantievertrag" aus § 216 b HGB ab. Durch diese begriffliche Umstellung sollte jedoch keine Ausweitung des Begriffsinhaltes erreicht werden. Deshalb wurde auch zunächst in den gängigen Kommentierungen keine Differenzierung der Begriffsinhalte vertreten. Mit dem Reichsgericht wurden beide Begriffe dahin erläutert, daß es Verträge seien, durch die sich ein Garant gegenüber einem Garantieversprechensempfänger verpflichtet, für den Eintritt eines bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolges einzustehen oder die Gewähr für einen künftigen, noch nicht entstandenen Schaden zu übernehmen³. Wesentlich war dabei, daß die Schuld des Garanten unabhängig, also selbständig bestand.

Später wurde gleichwohl schon unter der Geltung des AktG 1937 der Begriff des Gewährleistungsvertrages auf andere Haftungsverhältnisse ausgedehnt, die nicht der Definition des Garantievertrages entsprachen, so etwa auf die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme)⁴.

1 vgl. Käser, in: Bergström/Schultsz/Käser, S. 32; Obermüller, S. 2; Bordt, S. 286; Schraepfer, S. 215; Schaffland, S. 1021; Mosch, S. 6; Köhler, S. 1341.

2 vgl. Bordt, S. 287; IdW-Entwurf, S. 119.

3 RGZ 90, S. 415; 146, S. 123; 165, S. 52.

4 vgl. Baumbach/Hueck, AktG, 11. Aufl., § 131 Anm. 18; Großkommentar/Mellerowicz, AktG, 2. Aufl., § 131, Anm. 55.

Diese Tendenz, den Begriff des Gewährleistungsvertrages am Zweck des Bilanzvermerkes, vor möglichen Risiken zu warnen, zu orientieren, hat sich unter der Geltung des AktG 1965 fortgesetzt¹.

Demgemäß versteht man heute unter einem Gewährleistungsvertrag im Sinne des § 151 V Nr. 3 AktG jede vertragliche Verpflichtung, die das Entstehen für einen Erfolg oder eine Leistung verspricht und nicht eine Bürgschaft ist.² Unerheblich ist dabei, ob für eigene Leistung oder eigenen Erfolg, oder aber für fremde Leistungen oder fremden Erfolg eingestanden wird³.

Diese weite Auslegung ist auch durch § 149 I 2 AktG geboten, der fordert, daß der Jahresabschluß einen möglichst sicheren Einblick in die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft geben muß⁴.

In Verfolgung des Zieles, eine Sicherung zu vermeiden, die zu einem Bilanzvermerk führt, ist das Procedere häufig so, daß während der Verhandlungen die Muttergesellschaft einen Wirtschaftsprüfer einschaltet, der die Frage des Bilanzvermerkes bei einem als möglich ins Auge gefaßten Wortlaut negiert oder aber dazu veranlaßt, den Wortlaut durch Verhandlungen entsprechend abzuschwächen. Aus dem Gesichtspunkt der Unsicherheit über die Publizitätspflicht einer als Sicherheit abgegebenen Patronatserklärung resultiert die Verpflichtung, dem Abschlußprüfer alle hereingenommenen oder abgegebenen Patronatserklärungen vorzulegen und zu bestätigen, daß sämtliche Patronatserklärungen vorgelegt sind⁵.

1 vgl. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Geßler, AktG, § 151, Anm. 131; Kölner Kommentar/Claussen, AktG, § 151, Anm. 66; Großkommentar/Mellerowicz, AktG, § 151, Anm. 148; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, § 151, Anm. 294, 304.

2 vgl. Großkommentar/Mellerowicz, AktG, § 151, Anm. 150; Adler/Düring/Schmaltz, § 151, Anm. 304; WP-Handbuch, S. 790.

3 vgl. Großkommentar/Mellerowicz, AktG, § 151, Anm. 150; Adler/Düring/Schmaltz, § 151, Anm. 305; WP-Handbuch, S. 780; a.A. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Geßler, AktG, § 151, Anm. 135-137.

4 zu einer noch weiteren Auslegung vgl. Bordt, S. 288, insbesondere Fußnote 28.

5 vgl. Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen, zitiert unter Fußnote 1 auf S. 6; zum Wortlaut der Vollständigkeitserklärung vgl. Stellungnahme IdW, S. 1926.

c) Einengung des eigenen Finanzierungsspielraumes
Die Muttergesellschaften möchten aber nicht nur aus bilanzoptischen Gründen einen Bilanzvermerk vermeiden, um die Höhe der in der Bilanz erscheinenden Eventualverbindlichkeiten niedrig zu halten. Ein weiterer Grund hierfür ist die mögliche Einengung des eigenen Finanzierungsspielraumes durch einen solchen Vermerk¹. Dies ergibt sich daraus, daß ein aus der Bilanz ersichtlicher größerer Bestand an Eventualhaftungsverhältnissen sich ungünstig auf die Vertrauenswürdigkeit und damit auf die Kreditwürdigkeit auswirken kann, so daß der Muttergesellschaft eine spätere Kapitalbeschaffung Schwierigkeiten bereiten könnte².

d) Einhaltung bestimmter Bilanzrelationen

Diese Erwägung steht vor allem im Vordergrund, wenn die Muttergesellschaft bestimmte Bilanz- und Kapitalrelationen einzuhalten hat³. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die Muttergesellschaft ihren Kapitalbedarf nicht nur durch Kreditaufnahme bei Kreditinstituten sowie durch Ausgabe von Obligationen decken möchte, sondern auch durch Schuldscheindarlehen von Versicherungsgesellschaften.

Für die langfristige Unternehmensfremdfinanzierung haben diese Schuldscheindarlehen der Versicherungsgesellschaften eine große Bedeutung⁴. Sie werden als langfristiges Kapital aus dem Deckungsstock der Ver-

1 vgl. Mosch, S. 6; Bordt, S. 286; Stecher, S. 6; Gerth, S. 23; Fischer/Schaffland, Nr. 2, S. 36; Köhler, S. 1341; Schaffland, S. 1022; Sperl, S. 736; Schneider, S. 304; Altenburger, S. 20

2 vgl. Mosch, S. 6; Köhler, S. 1341, FN 20.

3 vgl. Schaffland, S. 1022; Bordt, S. 286; Schneider, S. 304; Mosch, S. 7; Fischer/Schaffland, Nr. 2, S. 36.

4 vgl. Rotkies, Versicherungswirtschaft 1975, S. 997, 998; Wöhe, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 756; auch Böhlhoff, S. 289.

sicherungsgesellschaften freigesetzt. Da die Kapitalien des Deckungsstockes besonderen Schutzes bedürfen, und deshalb die Versicherungsgesellschaften dem Versicherungsaufsichtsgesetz unterliegen, das strenge Anforderungen stellt, spielt die Kreditwürdigkeit des Schuldners eine besondere Rolle¹. Ein möglicher Indikator ist das Verhältnis Eigenkapital zu Fremdkapital, die sogenannte vertikale Kapitalstruktur². Dabei leuchtet unmittelbar ein, daß das Risiko der Gläubiger um so geringer anzusehen ist, je größer bei gegebener Kapitalverwendung der Anteil des Eigenkapitals am Gesamtkapital ist. Mosch³ erwähnt eine Eigenkapital - Fremdkapital - Relation von mindestens 1 : 2 als Voraussetzung aufgrund einer Mitteilung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen⁴.

Damit soll sichergestellt werden, daß grundsätzlich nur große Gesellschaften allererster Bonität in den Genuß von Schuldscheindarlehen kommen. Bedeutung hat außerdem die Tatsache, daß auch solche Gesellschaften ein besonders starkes Interesse an Schuldscheindarlehen als langfristiger Finanzierungsmöglichkeit haben, die wegen der Höhe der Emissionskosten oder der für die Börseneinführung erforderlichen Mindestbeträge keine Obligationen ausgeben wollen oder können.

1 vgl. Wöhe, S. 761; Mosch, S. 7.

2 vgl. Wöhe, S. 721 und die Tabelle über die Kapitalstruktur der Unternehmen, aufgegliedert nach Wirtschaftszweigen, auf S. 727; interessant ist in diesem Zusammenhang der Trend der wachsenden Fremdfinanzierung der Unternehmen, vgl. Möser, S. 1469 und Wöhe, S. 724.

3 vgl. Mosch, S. 7.

4 vgl. Mosch, S. 7, FN 3, Rundschreiben 2/75 v. 11.3.1975, S. 10 ff.

e) Negativerklärung

In diesem Zusammenhang muß noch darauf hingewiesen werden, daß eine Gesellschaft zur Einhaltung bestimmter Bilanzrelationen auch durch schuldrechtlichen Vertrag mit einem Gläubiger verpflichtet sein kann, so daß deshalb keine Sicherheit gestellt werden kann, die zu einem Bilanzvermerk führt.

Dieser Fall liegt insbesondere vor, wenn die Gesellschaft eine sogenannte Negativerklärung gegenüber einem Gläubiger abgegeben hat¹. Diese Negativklausel stellt keine Sicherheit im üblichen Sinne dar, sondern lediglich die schuldrechtliche Verpflichtung, keinen bisherigen oder künftigen Gläubiger besser zu stellen; gekoppelt ist sie mit der Verpflichtung des Schuldners, während der Laufzeit des Darlehens bestimmte Bilanzrelationen einzuhalten². Häufig ist dieser Fall bei Krediten von Versicherungsgesellschaften anzutreffen³. Neben der Negativerklärung gekoppelt mit der Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Bilanzrelationen gibt es auch die isolierte Negativerklärung, die lediglich ein rechtliches Hindernis gegen die Bestellung verkehrsüblicher Sicherheiten darstellt⁴.

Motiv für die Abgabe einer Patronatserklärung ist dann nicht die Vermeidung eines Bilanzvermerkes, sondern die Möglichkeit, eine Art von Sicherheit geben zu wollen, die nicht gegen die Negativerklärung verstößt.

1 vgl. Bering, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1975, S. 48 ff; Vallenthin, S. 144; Möser, S. 1469; Jährig/Schuck, S. 298; Winden, S. 1079; auch: Opel, Die praktische und rechtliche Bedeutung der Negativklausel.

2 vgl. Bering, S. 48 ff; Jährig/Schuck, S. 298.

3 vgl. Köhler, S. 1341, FN 20.

4 vgl. Jährig/Schuck, S. 298; Winden, S. 1079.

f) Geschäftspolitik und standing

Weiterhin ist ein Grund für die Verweigerung traditioneller Sicherheiten auch darin zu sehen, daß sich Muttergesellschaften möglichst wenig binden wollen¹. Dementsprechend kann es die Geschäftspolitik einer Muttergesellschaft sein, grundsätzlich für ihre Tochtergesellschaft keine Garantie oder Bürgschaft abzugeben². Häufig glaubt die Muttergesellschaft auch, eine traditionelle Besicherung nicht mit ihrem "standing" vereinbaren zu können³.

g) Kalkulation mit der Rechtsunsicherheit

Ein weiteres Motiv dürfte früher eine noch größere Rolle gespielt haben als heute: man kalkuliert die Unsicherheit über die juristische Tragweite bewußt ein⁴. Dies will sagen, daß häufig eine bewußt unklare Formulierung von der Muttergesellschaft gewählt wird, wohl auch deswegen, um dem Kreditinstitut ein hohes Prozeßrisiko aufzubürden^{5/6}. Dabei mag das Prozeßrisiko von Muttergesellschaft und Kreditinstitut durchaus unterschiedlich beurteilt werden. Das Kreditinstitut wird davon ausgehen, daß es in langen (und meist zähen)

1 vgl. Mosch, S. 8; Bodenstein/Jahn, S. 97; Böhlhoff, S. 289.

2 vgl. Stecher, S. 6; Müllhaupt, S. 110; Stecher berichtet dabei auch von einem Fall, daß eine Muttergesellschaft es für "ehrenrührig" gehalten habe, eine Bürgschaft oder Garantie zu übernehmen.

3 vgl. Rümker, S. 990; Bodenstein/Eberth, S. 66; Jährig/Schuck, S. 297, berichten davon, daß manche Kreditnehmer von einwandfreiem standing es grundsätzlich ablehnen, überhaupt Sicherheiten zu stellen; auch Gerth, S. 38; Bodenstein/Jahn, S. 97; Böhlhoff, S. 289.

4 vgl. oben S. 5.

5 vgl. Schraeppler, S. 215 und 218; Bordt, S. 285; Mosch, S. 8; Stellungnahme IdW, S. 1921, Köhler, S. 1341; Stecher, S. 7; Gerth, S. 39; Obermüller, S. 46.

6 vgl. hierzu Urteil des LG Frankfurt vom 8.3.77, abgedruckt in AG 77, S. 321, : Haftung der HeLaBa für die Schulden der BCI in Genf; bei einem Rechtsstreit wird stets die vom Gericht für den Einzelfall getroffene Auslegung darüber entscheiden, welche Verpflichtungen sich aus einem konkreten Patronatsvertrag ergeben.

Verhandlungen eine Besicherung des Kredites erreicht hat, die nicht zuletzt daraus folgt, daß die Muttergesellschaft den Kredit an die Tochtergesellschaft nicht notleidend werden lasse, weil sie dadurch in der Kreditbranche insbesondere und im Wirtschaftsleben allgemein viel an Reputation verlieren würde¹. Die Muttergesellschaft wird dagegen der Meinung sein, daß sie letztlich im Ernstfall juristisch kaum zu belangen sei und deshalb bezüglich einer Haftung allenfalls aus freien Stücken, von wirtschaftlichen oder sonstigen tatsächlichen Zwängen abgesehen, einzustehen habe².

Bei dieser Bewertung ist zu beachten, daß Patronatserklärungen grundsätzlich nur von allerersten Firmen akzeptiert werden³. Dabei läßt sich die Faustregel aufstellen: je respektabler die Muttergesellschaft, desto weicher ihre Schirm- und Schutzherrschaftserklärung⁴.

Weiter spielt eine Rolle, daß grundsätzlich von einem Kreditinstitut eine Patronatserklärung nur dann hereingenommen wird, wenn ein Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Muttergesellschaft besteht, welches auch von der gesicherten wirtschaftlichen Position der Muttergesellschaft herrührt, die andererseits die entsprechende Verhandlungsstärke der Gesellschaft bewirkt⁵.

1 vgl. Möser, S. 1472; Stecher, S. 7; Gerth, S. 39; Köhler, S. 1341; Bordt, S. 298.

2 Ein Beispiel für das Bewußtsein einer moralischen und wirtschaftlichen Verpflichtung, für die Verbindlichkeiten eines abhängigen Unternehmens einzustehen, bot die spontane und unbedingte Bereitschaft der United California Bank, die Verluste der Gläubiger ihrer überschuldeten Tochtergesellschaft UCB (United California Bank in Basel) zu decken; berichtet und zitiert nach Geigy-Werthemann, S. 38, FN 49; vgl. aber auch Bedenken bei Huber, S. 58 u. das Beispiel Travel-Air und Lufthansa, zitiert nach Wassner, FAZ Nr. 160 v. 15.7.1975, S. 7; ebenso HeLaBa und BCI, Urteil LG Frankfurt, AG 77, S. 321.

3 vgl. Harries, in: Diskussionsbericht der Tagung für Rechtsvergleichung, abgedruckt in Bergström/Schultsz/Käser, S. 50; Bodenstein/Jahn, S. 96.

4 vgl. Wassner, S. 7.

5 vgl. Köhler, S. 1341.

Ein weiterer Punkt von Bedeutung für das Kreditinstitut ist in diesem Zusammenhang eine teilweise Namensidentität zwischen Konzernmutter und Tochtergesellschaft. Nicht zu unrecht wird das Kreditinstitut davon ausgehen können, daß in einem solchen offensichtlichen Fall der Zugehörigkeit der Tochtergesellschaft zum Konzern, ein besonders starkes Interesse der Muttergesellschaft an der ordnungsgemäßen Abwicklung des Kreditvertrages besteht¹.

h) Außensteuerliche Gesichtspunkte

Patronatserklärungen erscheinen relativ häufig bei der Konstellation, daß eine inländische Muttergesellschaft für ihre ausländische Tochtergesellschaft eine Besicherung vornimmt². Ein weiterer Grund für die Bevorzugung von Patronatserklärungen ist daher in § 1 I Außensteuergesetz zu sehen³.

§ 1 I AStG lautet:

"Werden Einkünfte eines Steuerpflichtigen aus Geschäftsbeziehungen mit einer ihm nahestehenden Person dadurch gemindert, daß er im Rahmen solcher Geschäftsbeziehungen zum Ausland Bedingungen vereinbart, die von denen abweichen, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen vereinbart hätten, so sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften so anzusetzen, wie sie unter den zwischen unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären."

In Absatz 2 des § 1 AStG wird definiert, daß eine Person dann nahestehend ist, wenn der Steuerpflichtige auf sie einen beherrschenden Einfluß ausüben kann oder wesentlich an ihr beteiligt ist. Mithin fällt die Mutter-Tochter-Beziehung unter den Anwendungsbereich des § 1 AStG. Die Übernahme einer unentgeltlichen Bürgschaft durch die Muttergesellschaft für eine ausländische Tochter-

1 vgl. Huber, S. 58 und 59; Mosch, S. 4.

2 vgl. Untersuchung bei Köhler, S. 1340; Mosch, S. 16 ff.

3 vgl. Köhler, S. 1341; Mosch, S. 8; Schröder, ZGR 1982, S. 563.

gesellschaft unterfällt deshalb dem § 1 ASTG¹. Dies kann im Rahmen des Fremdvergleiches dazu führen, daß die Finanzverwaltung die Einkünfte um die banküblichen Bürgschaftsprovisionen erhöht, was zur Folge hat, daß der erhöhte Bilanzgewinn eine höhere Körperschaftsteuerbelastung bei der Muttergesellschaft bewirkt.

Um diese höhere Körperschaftsteuerbelastung zu vermeiden, wird die Muttergesellschaft keine Bürgschaftserklärung abgeben wollen, sondern eine Patronatserklärung vorziehen.

Denn bei einer Patronatserklärung ergibt sich aus zwei Gründen, daß sie nicht zu einer Korrektur des Bilanzgewinnes führen kann. Auf der einen Seite sorgt die bereits mehrfach erwähnte Rechtsunsicherheit über den Verpflichtungsgehalt einer Patronatserklärung dafür, daß das Risiko, das mit ihr eingegangen wird, nicht klar feststellbar ist. Nur in Extremfällen wird man sagen können, es käme einer Bürgschaft gleich. Unterhalb dieser Schwelle aber würde eine Bezifferung des Risikos nicht möglich sein.

Auf der anderen Seite kann bei Patronatserklärungen kaum ein Fremdvergleich durchgeführt werden, da es für sie keine üblichen Provisionen geben dürfte.

i) Bürgschaftsrahmen

Weiterhin kann der einer Geschäftsleitung gesteckte Bürgschaftsrahmen bereits ausgefüllt sein, so daß eine Sicherung mit bilanzierungspflichtigen Mitteln nicht mehr möglich ist.²

1 vgl. Köhler, S. 1341; Wöhrle, AußenStG, § 1 Anm. 4.

2 vgl. Bodenstein/Ebert, S. 66; Mosch, S. 8, erwähnt in diesem Zusammenhang die konzerninterne Haftungsbegrenzung und führt als Beispiel einen dreistufigen Konzern an, in dem die deutsche Tochtergesellschaft den ihr von der ausländischen Muttergesellschaft vorgeschriebenen Haftungsrahmen für Eventualverbindlichkeiten bereits ausgeschöpft hat, aber dennoch ihrer deutschen Enkelgesellschaft eine Kreditaufnahme ermöglichen will; vgl. auch Bodenstein/Jahn, S. 97.

j) Interne Kompetenzschränken

Damit im Zusammenhang ist zu erwähnen, daß die Übernahme von Bürgschaften und Garantien in manchen Gesellschaften durch eine gesellschaftsinterne Kompetenzschränke, einen Genehmigungsvorbehalt der Geschäftsleitung, des Aufsichtsrates oder sogar der Gesellschafterversammlung bei Familiengesellschaften, behindert wird¹.

Solche Kompetenzschränken mit unter Umständen zeitraubenden Genehmigungsverfahren lassen sich bislang häufig durch die Abgabe von Patronatserklärungen umgehen². Es dürfte allerdings nur eine Frage der Zeit sein, bis diese Kompetenzschränken auch auf Patronatserklärungen, zumindest auf harte mit relativ festliegendem Verpflichtungsgehalt, erstreckt werden³.

k) Devisengenehmigung

Für ausländische Muttergesellschaften können Patronatserklärungen eine Möglichkeit bieten, einer von einer staatlichen Kontrollinstanz nicht oder nur schwer erlangbaren Devisengenehmigung, die in den entsprechenden Ländern für die traditionellen Sicherheiten wie Bürgschaften in Valuta unumgänglich ist, aus dem Wege zu gehen⁴.

1 vgl. Bodenstein/Eberth, S. 66; Köhler, S. 1341; Mosch, S. 10; Bodenstein/Jahn, S. 97.

2 vgl. Bodenstein/Eberth, S. 66; Köhler, S. 1341; Mosch, S. 10; Stecher, S. 6; Bordt, S. 286, FN 8, weist auf einen ähnlich gelagerten Fall im Bereich der öffentlichen Finanzwirtschaft hin. Dort spielt die Unterscheidung eine haushaltsrechtliche Rolle, da die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren führen können, einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen.

3 vgl. in diesem Sinne bereits Wieckenberg, S. 24, der für den Bereich der Kreditgenossenschaften auch für Patronatserklärungen eine Beschlußfassung des Vorstandes und gegebenenfalls die Zustimmung des Aufsichtsrates fordert.

4 vgl. Mosch, S. 10; Stecher, S. 6; Bodenstein/Jahn, S. 97; Bodenstein/Eberth, S. 66; Köhler, S. 1341; Obermüller, S. 38; Rümker, S. 998. Zu Fragen des devisenrechtlichen Transferrisikos vgl. Jochmann, in Diskussionsbericht, abgedruckt bei Bergström/Schultsz/Käser, S. 54 und auch Köhler, S. 1340.

Es läßt sich jedoch eine Tendenz verzeichnen, bestimmte Arten von Patronatserklärungen devisenrechtlich wie Bürgschaftserklärungen zu behandeln, und damit einen Genehmigungsvorbehalt anzunehmen. In Italien sind Patronatserklärungen in gleicher Weise wie Bürgschaften genehmigungspflichtig, sofern sie verpflichtenden Charakter haben¹. In Frankreich ist dies durch Rundschreiben des Wirtschafts- und Finanzministeriums an die als intermédiaires agréés zugelassenen Banken geregelt worden². Aber auch dort, wo dies (noch) nicht festgelegt ist, empfiehlt eine auf Sicherheit bedachte Beratungspraxis den Kreditinstituten diese Gleichstellung für bestimmte Arten von Patronatserklärungen³.

1) Verwaltungstechnische Vereinfachung

Ein letzter Grund für die Abgabe einer Patronatserklärung ist in der verwaltungstechnischen Vereinfachung zu sehen, die sich daraus ergibt, daß für Patronatserklärungen keine Buchungspflicht besteht und deshalb Patronatserklärungen im allgemeinen von den Muttergesellschaften auch nicht gebucht werden^{4/5}.

¹ vgl. Bodenstein/Jahn, S. 55.

² vgl. Rundschreiben vom 28.6.1977, veröffentlicht im Journal Officiel vom 17.7.1977, zitiert nach Bodenstein/Eberth, S. 69/70; zu speziellen Problemen der Patronatserklärungen im deutsch-französischen Rechtsverkehr: vgl. Rippert, Patronatserklärungen im deutschen und französischen Recht.

³ vgl. Rümker, S. 998; Obermüller, S. 38.

⁴ vgl. Bordt, S. 297; Mosch, S. 10.

⁵ Dadurch, daß keine Buchungspflicht besteht, wird die Abschätzung der Risiken durch den Abschlußprüfer erschwert. Bordt, S. 297, ist daher zuzustimmen, daß sich der Prüfer bei jeder Prüfung ausdrücklich nach dem Vorliegen von Patronatserklärungen zu erkundigen hat, um den Grundsätzen ordnungsgemäßer Abschlußprüfung zu entsprechen. Damit korrespondiert die Verpflichtung, Patronatserklärungen in die vom Vorstand erstellte Vollständigkeitserklärung aufzunehmen, vgl. Erläuterungen IdW, S. 214. Im übrigen vgl. Schreiben des BAK v. 16.12.1974, abgedruckt bei Consbruch/Möller/Bähre/Schneider, Nr. 13.07.

3. Interessenausgleich

Beim Zusammentreffen der unterschiedlichen Interessenrichtungen der Muttergesellschaft und des Kreditinstitutes wird die Entscheidung letztlich dadurch getroffen, welches Interesse einerseits die Muttergesellschaft an der Kreditvergabe an die Tochtergesellschaft hat und wie hoch ihre Bedenken gegenüber traditionellen Sicherheiten sind und welches Interesse andererseits das Kreditinstitut an der Herausgabe des Kredites hat und wie sehr ihm an einer Zusammenarbeit mit den Konzerngesellschaften gelegen ist¹.

Wenn das Kreditinstitut es in den Verhandlungen mit der Muttergesellschaft nicht erreicht hat, eine traditionelle Sicherheit zur Kreditbesicherung zu erhalten, wird es sich auf jeden Fall bemühen, eine juristisch möglichst weitreichende Patronatserklärung zu vereinbaren².

Wie bereits erwähnt, sind dabei nicht selten auf der Seite der Muttergesellschaft Wirtschaftsprüfer eingeschaltet, die die Tragweite der Erklärung untersuchen sollen³.

Daß letztlich dabei um jeden Zollbreit der Erklärung gerungen wird, entspricht der Natur der Sache⁴.

1 beachte hierzu auch Bodenstein/Jahn, S. 96.

2 vgl. Bordt, S. 286; Stecher, S. 8.

3 vgl. Köhler, S. 1342.

4 vgl. auch Möser, S. 1471; Stecher, S. 8; Bodenstein/Jahn, S. 98.

V Einkreisung des Untersuchungsgegenstandes

Dieses Ringen um den Erklärungswortlaut ist Ursache dafür, daß in der Praxis eine große Anzahl von Patronatserklärungen aufgetaucht ist, die sich zum Teil nur in Nuancen unterscheiden¹. Trotz dieser Artenvielfalt hat sich in der Praxis aber eine Konzentration auf wenige Erklärungstypen eingestellt². Dabei läßt sich auch eine Tendenz zur Standardisierung der einzelnen Erklärungstexte erkennen³. Köhler hat bei seiner Untersuchung sogar von zwei Fällen berichtet, in denen zwei Kreditinstitute nur mit einer einzigen Patronatserklärung arbeiteten⁴. Ein Grund dafür dürfte das Verhalten hauptsächlich großer Kreditinstitute sein, hausintern von der zentralen Rechtsabteilung einige Erklärungstexte als Muster entwerfen zu lassen und in den Verhandlungen mit den Muttergesellschaften eine Erklärung komplett durchzusetzen⁵. Es läßt sich aber auch eine Tendenz im Geschäftsverkehr aufzeigen, aus verschiedenen Einzel- oder Teilpatronatserklärungen eine neue Gesamtpatronatserklärung zusammenzusetzen⁶. Dabei soll nach Mosch eine Gesamtpatronatserklärung im allgemeinen nicht mehr als drei oder vier Einzelerklärungen enthalten⁷.

1 vgl. z.B. Mosch, S. 12 ff, der 26 Erklärungen auf-führt, oder Gerth, S. 31 ff, der 11 Erklärungen wie-dergibt.

2. vgl. Köhler, S. 1349; Stecher, S. 9; sowie Um-frageergebnis Köhler, S. 1339.

3 vgl. Stecher, S. 9; Köhler, S. 1349, sowie S. 1342.

4 vgl. Köhler, S. 1339.

5 vgl. Stecher, S. 9.

6 vgl. Stecher, S. 9; zu den Begriffen Einzelpatro-natserklärung und Gesamtpatronatserklärung vgl. Mosch, S. 12; auch Altenburger, S. 40.

7 vgl. Mosch, S. 12; ein Beispiel mit neun Einzel-erklärungen ist im Urteil des BFH vom 15.7.1976 be-handelt, abgedruckt in BStBl 1976, II, S. 91 ff.

1. Konzentration auf fünf Erklärungstexte

Obwohl also eine Artenvielfalt in der Praxis besteht, läßt sich eine Konzentration auf folgende fünf Erklärungstexte feststellen¹:

PE I: "Wir werden dafür Sorge tragen, daß unsere Tochtergesellschaft bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredites finanziell so ausgestattet wird, daß sie jederzeit in der Lage ist, ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit zu erfüllen²."

PE II: "Wir werden unseren Einfluß geltend machen, damit unsere Tochtergesellschaft ihren Verbindlichkeiten aus dem genannten Kredit nachkommt³."

-
- 1 vgl. Köhler, S. 1339 und 1338; Gerth, S. 31 ff; Mosch, S. 12 ff; Möser, S. 1470 f; Müllhaupt, S. 112 ff; Schaffland, S. 1022; Stellungnahme IdW, S. 1921; Fischer/Schaffland, Nr. 2, S. 36 f; Obermüller, S. 3 f.
- 2 vgl. Stecher, S. 62; Mosch, S. 199; Gerth, S. 141; Möser, S. 1471; Köhler, S. 1344; Müllhaupt, S. 114; Falter, S. 520; Bodenstein/Eberth, S. 67; Schaffland, S. 1022; LG Frankfurt, AG 1977, S. 321; Müller, S. 28; Huber, S. 59; Fischer/Schaffland, S. 37; Bordt, S. 288; Schraepfer, S. 215; Geigy-Werthemann, S. 33; Rümker, S. 991; Schütz, S. 425; Obermüller, S. 25; Kamprad, S. 327; Jährig/Schuck, S. 301; Iwowski, S. 48; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 212; Stellungnahme IdW, S. 1925; Vallenthin, S. 143; Bergström/Schultsz/Käser, S. 53; Winden, S. 1080; Käser, S. 613; Hachenburg/Barz, Rdn 50 im Anhang 2 zu § 13 GmbHG; Brink, S. 92; Bodenstein/Jahn, S. 97; Nielsen, S. 184; Sperl, S. 736; Altenburger, S. 54; Schneider, S. 305; Scholz/Iwowski, S. 358; v. Westphalen, S. 203.
- 3 vgl. Mosch, S. 172; Gerth, S. 106; Obermüller, S. 16; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 211; Stellungnahme IdW, S. 1925; Möser, S. 1471; Köhler, S. 1347; Müllhaupt, S. 113; Schaffland, S. 1024; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Bodenstein/Jahn, S. 98; Sperl, S. 727; Nielsen, S. 184; Scholz/Iwowski, S. 356; Schneider, S. 306.

PE III: "Wir beabsichtigen nicht, die Beteiligung an unserer Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredites zu reduzieren oder aufzugeben. Sollten wir entgegen dem bisher Gesagten eine Aufgabe oder wesentliche Reduzierung unserer Beteiligung in Erwägung ziehen, werden wir uns rechtzeitig mit Ihnen in Verbindung setzen, um eine zufriedenstellende Lösung zu finden¹."

PE IV: "Die Firma X ist eine y-%ige Tochtergesellschaft von uns. Wir erklären, daß die Geschäftsleitung unser volles Vertrauen genießt.²"

PE V: "Wir haben mit Rücksicht auf unser Ansehen Verbindlichkeiten unserer Tochtergesellschaft stets so behandelt wie eigene Verbindlichkeiten³."

-
- 1 vgl. Mosch, S. 135; Bodenstern/Jahn, S. 97; Möser, S. 1470; Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 11; Gerth, S. 90; Lwowski, 2. Aufl. 1974, S. 43; Müllhaupt, S. 112; Falter, S. 520; Bodenstern/Eberth, S. 67; Huber, S. 59; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 210; Stellungnahme IdW, S. 1924; Bordt, S. 295; Schraepfer, S. 215; Rümker, S. 994; Geigy-Werthemann, S. 21, 28, 33; Bergström/Schultsz/Käser, S. 52; Brink, S. 91; Sperl, S. 737; Nielsen, S. 184; v. Westphalen, S. 201; Scholz/Lwowski, S. 356; Schneider, S. 306; Altenburger, S. 36, 51; Köhler, S. 1338.
- 2 vgl. Mosch, S. 77 und 86; Obermüller, S. 4; Möser, S. 1470; Köhler, S. 1338; Müllhaupt, S. 112; Schaffland, S. 1024; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Sperl, S. 737; v. Westphalen, S. 199; Scholz/Lwowski, S. 356; Böhlhoff, S. 290; Seiler, S. 5.
- 3 vgl. Mosch, S. 63; Gerth, S. 52; Köhler, S. 1338; Müllhaupt, S. 113; Schaffland, S. 1024; Obermüller, S. 15; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Erläuterungen IdW, S. 210; Stellungnahme IdW, S. 1924; Sperl, S. 737; v. Westphalen, S. 199; Scholz/Lwowski, S. 356; Böhlhoff, S. 291; Altenburger, S. 44; Schneider, S. 307; Seiler, S. 6.

2. Organschaftsvertrag nicht Gegenstand der Untersuchung

Ausgeklammert werden soll die Erklärung, die sich, ähnlich wie PE III, auf das Bestehen bzw. Fortbestehen eines Unternehmensvertrages zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft bezieht.

Eine geläufige Formulierung dieser Erklärungsart ist:

"Wir verpflichten uns, den mit unserer Tochtergesellschaft, der X-AG, abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag während der Kreditlaufzeit nicht ohne ihre Zustimmung zu ändern, aufzuheben oder zu kündigen¹."

Eine solche Erklärung ist zwar auch häufig anzutreffen, jedoch ergeben sich die Rechtsfolgen regelmäßig schon aus den gesetzlichen Gläubigerschutzvorschriften des Gesellschaftsrechts im Vertragskonzern². Es sind dieses insbesondere die Verpflichtung der Muttergesellschaft zur Verlustübernahme nach § 302 AktG sowie der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 303 AktG³.

Häufig wird diese Patronatserklärung daher heute in der Praxis als entbehrlich angesehen⁴. Da es sich im wesentlichen um eine Problematik der Gläubigerschutzvorschriften des AktG handelt, soll diese Erklärungsform nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

1 vgl. Mosch, S. 157; Gerth, S. 195; Lwowski, S. 49; Falter, S. 520; Stellungnahme IdW, S. 1922; Erläuterungen IdW, S. 211; Entwurf IdW, S. 120; Bordt, S. 296; Schraepfer, S. 218, FN 3; Rümker, S. 994; Bergström/Schultsz/Käser, S. 53; Seiler, S. 6.

2 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1922; Erläuterungen IdW, S. 211; Entwurf IdW, S. 120; Bordt, S. 296.

3 Allgemein zur Problematik der Gläubigerschutzvorschriften im Vertragskonzern vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 7, Die Sicherung der Gläubiger im Vertragskonzern, S. 167 ff sowie Müller, S. 1 ff.

4 vgl. Obermüller, Die Bank 10/77, S. 36, mit dem Hinweis auf eine notwendige Zusatzerklärung zum Unternehmensvertrag.

Entsprechendes gilt für den Fall, daß die Tochtergesellschaft die Rechtsform einer GmbH hat, der Erklärungs-text sich auf einen Organschaftsvertrag bezieht und eine entsprechende Anwendung der Gläubigerschutzvorschriften des Aktiengesetzes formuliert wird¹.

1 Zum Fall der entsprechenden Anwendung der §§ 302 f AktG bei der GmbH-Tochter vgl. Gerth, Organschaftsverhältnisse und produktionsunabhängige Abnahmeverträge als Kreditsicherheit, ZKW 1978, S. 151 ff sowie Obermüller, Die Bank 10/77, S. 38 f ebenfalls mit dem Vorschlag einer Zusatzserklärung.

§ 2 Der Patronatsvertrag

I Form

Gegenstand der Untersuchung sollen die fünf Erklärungstexte PE I bis PE V sein. Sie können grundsätzlich formlos abgegeben werden¹ und müssen auch nicht als Patronatserklärungen bezeichnet werden².

In der Praxis werden sie jedoch regelmäßig schriftlich abgegeben³ und zwar in Form eines Briefes der Muttergesellschaft an das Kreditinstitut.

II Aufbau

In der Regel wird in diesem Brief zunächst in einem Absatz, für den sich der Ausdruck "Bezugspunkt" eingebürgert hat, kundgetan, daß die Muttergesellschaft von der erfolgten Kreditgewährung bzw. der beabsichtigten Kreditgewährung durch das Kreditinstitut an die Tochtergesellschaft Kenntnis genommen habe⁴. Häufig wird zugleich noch zum Ausdruck gebracht, daß die Muttergesellschaft mit der Kreditgewährung einverstanden sei⁵.

1 vgl. BFH, BStBl 1977, II, S. 93, sowie S. 356; Brink, S. 91; Möser, S. 1471; Obermüller, ZGR 75, S. 32; die Formvorschrift bezüglich der Bürgschaftserklärung (§ 766 S.1 BGB) findet keine Anwendung auf bürgschaftsähnliche Verträge, vgl. Palandt/Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, § 766, Anm. 4; für den selbständigen Garantievertrag BGH, WPM 64,62; auch Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 84 FN 11, § 197I; im übrigen ist zu beachten, daß die Patronatserklärungen, die Gegenstand dieser Untersuchung sind, nur von Vollkaufleuten im Rahmen des Handelsgeschäfts abgegeben werden, so daß auch eine Bürgschaftserklärung gem. §§ 350, 351, 344 I, 343 I HGB formfrei gültig wäre.

2 vgl. Möser, S. 1471; Erläuterungen IdW, S. 209; Stellungnahme IdW, S. 1923.

3 vgl. Brink, S. 91; Altenburger, S. 29.

4 vgl. Obermüller, S. 3; Mosch, S. 12; Bodenstein/Jahn, S.97.

5 vgl. Geigy-Werthemann, S. 21; Bodenstein/Jahn, S. 97.

Dieser Bezugspunkt hat üblicherweise folgende Formulierung:

"Wir, die Muttergesellschaft, haben davon Kenntnis genommen, daß Sie unserer Tochtergesellschaft einen Kredit in Höhe von X DM eingeräumt haben (einträumen wollen). Wir können Ihnen mitteilen, daß wir hiermit einverstanden sind."

Im folgenden wird dann der eigentliche zwischen Muttergesellschaft und Kreditinstitut in den Vorverhandlungen ausgehandelte Erklärungstext wiedergegeben. Es ist zu beachten, daß es sich dabei, soweit überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt, nicht um ein einseitiges handelt, das in der Zusendung des Briefes begründet wäre. Eine solche rechtsgeschäftliche Patronatserklärung ist entgegen ihrem Wortlaut keine einseitige Willenserklärung, sondern kommt durch Vertrag, dessen Zulässigkeit sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) ergibt, zustande¹.

III Zustandekommen

Auf welche Weise eine Patronatserklärung Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung wird, ist im folgenden zu untersuchen.

Der Abgabe einer Patronatserklärung gehen in der Regel längere Verhandlungen über eine Besicherung des von dem Kreditinstitut gewährten oder zu gewährenden Kredites voraus. Dies wirft die Frage auf, ob die Abgabe der Patronatserklärung durch Zusendung in Briefform als kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu werten ist.

¹ allgemeine Ansicht, ausdrücklich erwähnt von Köhler, S. 1341; Müllhaupt, S. 111; Stellungnahme IdW, S. 1922; Stecher, S. 17.

1. Problematik des kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Dem Bedürfnis nach Klarstellung der gegenseitigen Verpflichtungen entspringt die Übung des kaufmännischen Geschäftsverkehrs (§ 346 HGB), mündliche Abreden alsbald schriftlich festzuhalten. Will der Empfänger eines derartigen kaufmännischen Bestätigungsschreibens dessen Inhalt nicht gegen sich gelten lassen, muß er unverzüglich widersprechen; andernfalls gilt sein Schweigen als Einverständnis und der Vertrag kommt zu den Bedingungen des Bestätigungsschreibens zustande.¹

In diesem Fall wäre die Patronatserklärung als Bestätigung einer bereits zuvor getroffenen Vereinbarung aufzufassen und wenn der Wortlaut der Patronatserklärung von dem in den Verhandlungen erzielten Ergebnis abweichen würde, müßte das Kreditinstitut unverzüglich widersprechen, sonst wäre ein Patronatsvertrag mit dem Inhalt der übersandten Patronatserklärung geschlossen.

Dies kann jedoch nicht zutreffen.

Die aufgeführten Erklärungstexte PE I bis PE V nehmen keinerlei Bezug auf zuvor mündlich, fernmündlich oder telegrafisch getroffene Vereinbarungen und enthalten auch keine ausdrückliche Bestätigung vorausgegangener Vertragsverhandlungen².

Auch der Teil des Schreibens, der als Bezugspunkt bezeichnet wird und in dem die Muttergesellschaft ihre Kenntnissnahme und ihr Einverständnis zum Ausdruck bringt, ist nicht geeignet, dieses Ergebnis zu widerlegen. Das folgt daraus, daß der Bezugspunkt sich auf das Verhältnis Kreditinstitut - Tochtergesellschaft bezieht und die dort stattgefundenen Kreditverhandlungen betrifft. Für die Qualität eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens wäre aber erforderlich, daß er das Verhältnis Kreditinstitut - Muttergesellschaft zum

1 vgl. BGH NJW 1970, 2021; NJW 1972, 820; eingehend Schmidt-Salzer, BB 1971, 591.

2 vgl. BGH NJW 1965, S. 965; BGH WPM 1974, 409.

Inhalt und dort vorausgegangene Verhandlungen über die Kreditbesicherung zum Gegenstand hätte. Mit dem Bezugspunkt erklärt die Muttergesellschaft jedoch nicht ihr Einverständnis mit einer Besicherung des Kredites an die Tochtergesellschaft durch eine Patronatserklärung, sondern ihr Einverständnis zur Kreditgewährung an die Tochtergesellschaft.

Ein weiteres Indiz für dieses Ergebnis ist auch, daß der Wortlaut der Erklärungstexte unter der Verwendung des Begriffs "Patronatserklärung" nichts bestätigt, sondern erklärt.

Wenn somit geklärt ist, daß keine ausdrückliche Bestätigung bereits getroffener Vereinbarungen beziehungsweise stattgefundener Vorverhandlungen gegeben ist, muß noch der Frage nachgegangen werden, ob eine stillschweigende Bezugnahme vorliegt¹.

Ein solcher Fall liegt vor, wenn das kaufmännische Bestätigungsschreiben im wesentlichen Beweiszwecken dient und ansonsten nur noch Randpunkte regelt.

Dabei müßten die Muttergesellschaft und das Kreditinstitut das Bewußtsein haben, daß die Vorverhandlungen bereits durch einen Vertragsschluß abgeschlossen worden seien und dieses Ergebnis durch das Bestätigungsschreiben nur noch einmal verbindlich festgelegt werde².

Eine Betrachtung der Interessenlage der Beteiligten läßt jedoch eine solche Wertung nicht zu. Wie bereits erwähnt, sind Patronatserklärungen das Ergebnis unter Umständen langwieriger Verhandlungen, bei denen um jeden Zollbreit an Tragweite gerungen wird. Bei derartigen intensiven und sorgfältigen Vertragsverhandlungen entspräche es nicht der kaufmännischen Vor-

1 vgl. BGH, WPM 1975, S. 324.

2 vgl. Diederichsen, Jus 66, S. 129; BGH, NJW 1964, S. 1270; Baumbach/Duden, § 346 HGB, Anm. 6 D; BGH, WPM 1974, S. 409.

sicht, den Vertragsschluß zunächst nur mündlich zu tätigen und hinterher zu Beweis Zwecken ein Schreiben auszutauschen, das bei oberflächlicher Behandlung sehr weitreichende Folgen haben kann, insbesondere da die Formulierung im Brief nur durch eine Seite vorgenommen wird.

Es wird deutlich, daß ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, das aus den Erfordernissen einer Wirtschaft entstanden ist, für die ein schnelles Agieren und Reagieren notwendig ist, der Interessenlage bei der Vereinbarung einer Patronatserklärung als Kreditsicherheit nicht gerecht werden kann.

Wegen der Bedeutung für die Beteiligten herrscht im Kreditgeschäft, wie allgemein bekannt, eine gewisse Förmlichkeit; diese wird durch die Höhe des durch Patronatserklärungen gesicherten Kredites noch verstärkt. Zwar könnte auch eine Bürgschaft während der Vorverhandlungen unter den Voraussetzungen des § 350 HGB ohne Einhaltung der Schriftform vereinbart werden. Dabei würde man sich jedoch bezüglich einer Kreditsicherheit einigen, deren Verpflichtungsgehalt den beteiligten Rechtskreisen im vollen Umfang bekannt ist. Bei der Vereinbarung einer Patronatserklärung aber ist gerade wegen der relativen Unge- wißheit über die juristische Tragweite ein zähes Ringen um die Wortwahl üblich. Wenn es dementsprechend auf jedes Wort ankommt, wird es der Interessenlage der Beteiligten nicht gerecht, einen formlosen Vertragsschluß schon während der Vorverhandlungen anzunehmen. Um den mit einem formlosen Vertragsschluß verbundenen Streitigkeiten und Beweisschwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, werden die Parteien regelmäßig den Willen haben, sich in den Vorverhandlungen noch nicht formlos zu binden. Dies folgt auch daraus, daß idR die

Vorverhandlungen auf Vorstandsebene und von Mitgliedern der Rechtsabteilungen geführt werden, die abschließende Patronatserklärung aber vom Vorstand als Organ der Gesellschaft gezeichnet wird.

Für ein Bewußtsein der Muttergesellschaft und des Kreditinstitutes, daß in den Vorverhandlungen bereits ein Vertragsschluß erzielt worden sei und das Ergebnis nur zum Beweis noch einmal festgehalten werden solle, liegen deshalb keine Anhaltspunkte vor. Es ist daher bei der weiteren Betrachtung davon auszugehen, daß durch die Übersendung der Patronatserklärung an das Kreditinstitut nicht eine Bestätigung eines bereits geschlossenen Kreditsicherungsvertrages erfolgt, sondern hierdurch diese Besicherung erst vorgenommen werden soll.

2. Der Antrag auf Abschluß eines Patronatsvertrages

Mithin ist die Patronatserklärung als Angebot zum Abschluß eines entsprechenden Patronatsvertrages anzusehen, soweit überhaupt ein Angebot zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes gemäß § 145 BGB vorliegt. Diese Frage soll jedoch erst bei der Untersuchung der einzelnen Erklärungsinhalte erörtert werden. Im Vorgriff auf das Ergebnis dieser Untersuchung soll hier im weiteren davon ausgegangen werden, daß Patronatserklärungen Angebote zum Abschluß eines Patronatsvertrages gemäß § 145 BGB sein können.

a) wörtlich - konkludent

Neben dem wörtlichen Angebot unter Abwesenden durch die Zusendung der Patronatserklärung kann ein Angebot auf Abschluß eines Patronatsvertrages auch konkludent abgegeben werden¹.

¹ vgl. Müller, S. 28; Hachenburg/Barz, Rdn 50 im Anhang 2 zu § 13 GmbHG.

Voraussetzung dafür ist als Erklärungstatbestand ein äußeres Verhalten des Erklärenden, das den Schluß auf einen bestimmten bestehenden Geschäftswillen, das heißt auf den Willen, einen bestimmten Rechtserfolg herbeizuführen, zuläßt¹. Diese Willensäußerung kann in jeder nur möglichen Erklärungsform erfolgen². Für diese Willenserklärungen durch schlüssiges Verhalten gelten dieselben Regeln wie für Willenserklärungen überhaupt.

Willenserklärungen sind mit Rücksicht auf die Verständnismöglichkeit des Empfängers auszulegen³. Maßgebend ist damit, wie das Kreditinstitut als sorgfältiger Empfänger der Erklärung das Verhalten der Muttergesellschaft verstehen durfte und verstehen mußte⁴.

b) Abgrenzung - Allgemeine Geschäftsbedingungen

-Individualverträge

Die Auslegung gemäß § 133 BGB kann jedoch nur greifen, soweit nicht spezielle Auslegungsregeln zur Anwendung kommen. Besondere Regeln würden gelten, wenn Patronatserklärungen mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichzusetzen wären⁵.

1 vgl. Larenz, AT, § 25 III b; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 153 II; Flume, Rechtsgeschäft, § 5, 3.

2 vgl. Beispiele bezüglich Patronatserklärungen, Müller, S. 28/29 und Hachenburg/Barz, GmbHG, Anhnag 2 zu § 13 Rdn. 50: die Muttergesellschaft beteiligt sich an den Kreditverhandlungen; die Muttergesellschaft stellt über längere Zeit hinweg immer wieder die für den Geschäftsbetrieb der Tochtergesellschaft erforderlichen Mittel zu Verfügung;

zum Teil anderer Ansicht Rümker, S. 991 oben mit FN 9.

3 vgl. Larenz, AT, § 25 IIIb.

4 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 133, Anm. 4c.

5 vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, § 133, Rdn. 28; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 5, Rdn. 7 ff.

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt, Allgemeine Geschäftsbedingungen. Da Allgemeine Geschäftsbedingungen für eine unbestimmte Zahl von Einzelfällen Gültigkeit haben sollen, ist bei einer Auslegung nicht der Wille und die Absicht der Parteien im Einzelfall sowie die Umstände des einzelnen Geschäftes heranzuziehen, sondern der typische Sinn der Bestimmungen zu ermitteln¹. Notwendig ist deshalb eine einheitliche objektive Auslegung. Gegen die Möglichkeit des Vorliegens von Allgemeinen Geschäftsbedingungen spricht nicht, daß sowohl Muttergesellschaft als auch Kreditinstitut Kaufleute sind². Dies ergibt sich aus § 24 AGBG, der nur bestimmte Regelungen für Kaufleute für nicht anwendbar erklärt. Daraus folgt im Umkehrschluß, daß grundsätzlich auch zwischen Kaufleuten Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden können³.

Die Abgrenzung zwischen Individualabreden und Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmt sich gemäß § 1 AGBG danach, ob für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Vertragsabschluß stellt, gegeben sind, oder ob die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt worden sind.

Patronatserklärungen sind sicherlich als Individualabreden anzusehen, soweit ihr Inhalt im einzelnen ausgehandelt worden ist, der Erklärungstext also von den Parteien erstellt worden ist. Dazu zu zählen

1 vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, § 133, Rdn. 28; BGH NJW 1968, 885.

2 vgl. § 1 KWG und § 6 HGB.

3 vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 24, Rdn. 13.

sind auch noch vorformulierte Erklärungen eines Vertragsteiles, die inhaltlich abgeändert oder ergänzt worden sind¹. Es wurde oben² aber bereits erwähnt, daß zunehmend eine Standardisierung der Erklärungstexte festgestellt werden kann. Hier besteht eine große Ähnlichkeit zu Formularverträgen.

Aber auch dann sind Patronatserklärungen als Individualverträge anzusehen.

Dies ergibt sich daraus, daß eine Individualvereinbarung auch angenommen werden kann, wenn vorformulierte Bestimmungen einer Vertragspartei ohne Abänderung zum Vertragsinhalt gemacht werden³.

Voraussetzung ist in diesem Fall, daß die eine Vertragspartei zur Abänderung der Bedingungen bereit und dies der anderen Vertragspartei bei Vertrags-schluß bewußt gewesen ist⁴.

Weiterhin ist erforderlich, daß sich die beiderseitige Verhandlungsbereitschaft in einem wirklichen Aushandeln konkretisiert hat⁵.

Für die Entscheidung, ob trotz Übernahme eines unveränderten vorformulierten Erklärungstextes eine Individualabsprache vorliegt, bedarf es einer Wertung der Umstände des Einzelfalles. Von Bedeutung ist dabei auch die Stellung der Parteien sowie ein eventuell bestehendes wirtschaftliches oder intellektuelles Machtgefälle⁶.

1 vgl. Köhler, S. 1342 mit Beispielen.

2 siehe S. 29.

3 vgl. BGH NJW 1977, 624; Heinrichs, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1508.

4 vgl. BGH a.a.O..

5 vgl. Heinrichs, NJW 1977, 1508; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 1, Rdn. 48, m.w.N..

6 vgl. Köhler, S. 1342; Heinrichs, NJW 1977, 1508.

Patronatserklärungen werden in der Regel in Vorverhandlungen ausgehandelt, wobei mitunter um jedes Wort gerungen wird. Dabei verzichtet das Kreditinstitut häufig erst in diesen Verhandlungen auf die Bestellung einer traditionellen Sicherheit und versucht stattdessen eine ihm tragbar erscheinende Patronatserklärung komplett durchzusetzen. Auf Seiten der Muttergesellschaft wird oftmals ein Wirtschaftsprüfer eingeschaltet, um die Tragweite der Erklärung insbesondere im Hinblick auf einen Bilanzvermerk zu analysieren. Nicht selten ist der Fall, daß das Kreditinstitut, wenn es eine Erklärung nicht komplett durchsetzen kann, diese Erklärung zurückzieht und statt dessen versucht, eine andere komplette Erklärung auszuhandeln. Dies wohl deshalb, weil es sich bei seinen ausformulierten Erklärungen über die rechtliche Tragweite im klaren glaubt, wohingegen eine Änderung erhöhte Unsicherheit bedeuten kann. Damit ist klargestellt, daß auch die Übernahme eines unveränderten, vorformulierten Erklärungstextes auf einem Kompromiß beruht und durch beiderseitiges aktives Aushandeln erfolgt.

Auch läßt sich zwischen den Beteiligten, Muttergesellschaft und Kreditinstitut, kein wirtschaftliches oder intellektuelles Machtgefälle verzeichnen, denn hier stehen sich in etwa gleich starke Partner gegenüber.

Patronatserklärungen sind daher in der Regel als Individualabsprachen anzusehen.

c) Das wörtliche Angebot an die Allgemeinheit
Bei der bisherigen Untersuchung des Vertragsangebotes auf Abschluß eines Patronatsvertrages ist davon ausgegangen worden, daß die Muttergesellschaft ihren Antrag entweder ausdrücklich in Briefform

oder durch schlüssiges Verhalten gegenüber dem Vertragspartner, einem bestimmten Kreditinstitut, zum Ausdruck bringt.

Möglich und in der Praxis auch relevant ist aber auch ein Antrag auf Abschluß eines Patronatsvertrages an die Allgemeinheit¹.

Grundsätzlich gehört zu einem wirksamen Antrag auch die Bestimmtheit der Person des Antragsgegners².

Das Bestimmtheitserfordernis des Antrages ist aber auch dann gewahrt, wenn sich der Antragende ad incertam personam wendet³.

aa) Die Offerte ad incertam personam

Dabei sind grundsätzlich zwei Fälle zu unterscheiden: auf der einen Seite der Antrag ad incertam personam im engeren Sinne und auf der anderen Seite der Antrag an das Publikum oder ad incertas personas im weiteren Sinne⁴.

Im ersten Fall liegt lediglich ein Verzicht auf eine Individualisierung des Annehmenden von der Person her vor. Jedoch wird im Moment der Vertragsannahme aus der persona incerta eine persona certa und der Vertrag kommt mit dieser Person zustande⁵.

Im zweiten Fall dagegen soll ein Vertrag nach dem Willen des Antragenden mit jedem zustande kommen, der das Angebot annimmt⁶.

Der Grundsatz, daß zu einem wirksamen Antrag auch die Bestimmtheit der Person des Antragsgegners gehört, führt dazu, daß bei "Offerten" an das Publikum

1 vgl. die in den Geschäftsberichten von 1976 und 1977 niedergelegten Patronatserklärungen der Deutschen Bank, abgedruckt bei Köhler, S. 1339.

2 vgl. Larenz, AT, § 33 Ia.

3 vgl. Enneccerus/Nipperdey § 161 I 1b; Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4; Staudinger/Coing, 11. Aufl., BGB, § 145 Anm. 3; Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., BGB, § 145, Anm. 6; Flume, § 35 I 1; Larenz, AT, § 33 Ia.

4 vgl. zu dieser Unterscheidung Neumond, AcP 89, S. 171 ff (incerta persona) und S. 174 ff (Publikum).

5 vgl. Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 145, Anm. 6.

6 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4; Staudinger/Coing, 11. Aufl., BGB, § 145, Anm. 3.

meistens nicht der objektive Erklärungsstatbestand eines Vertragsangebotes gegeben ist. Kraft Verkehrs-sitte sind diese "Offerten" nur als Aufforderungen zur Abgabe von Vertragsanträgen aufzufassen¹. Dies beruht darauf, daß bei diesen "Offerten" kein Wille zu einer vertraglichen Bindung besteht². Dabei spielen verschiedene rein praktische Gesichtspunkte eine Rolle.

Zum Beispiel zwingt die beschränkte Liefermöglichkeit eines Kaufmannes dazu, daß eine "Offerte" von Waren oder Leistungen nicht als bindendes Vertragsangebot an das Publikum angesehen werden kann. Des weiteren spricht die Tatsache, daß die individuelle Persönlichkeit des eventuellen Vertragspartners für den Antragenden von Bedeutung ist, für eine invitatio ad offerendum.

Im Einzelfall wird darauf abzustellen sein, ob es Sinn der Erklärung ist, den Anbietenden durch die Zustimmung des Erklärungsempfängers sofort zu verpflichten³.

Dies liegt bei Patronatserklärungen an die Allgemeinheit vor.

bb) Abgrenzung Offerte - invitatio ad offerendum

Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne der Erklärung zu haften. Das gleiche gilt bei der Frage, ob ein willentliches Verhalten die Bedeutung einer Willenserklärung hat⁴.

1 vgl. Flume, § 35 I 1; Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4.

2 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4; Flume, § 35 I 1.

3 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4; Staudinger/Wilcher, 12. Aufl., BGB, § 145, Anm. 6.

4 vgl. Larenz, AT, § 19 III; Soergel/Hefermehl, BGB, § 133, Rdn 9 und 10; KG NJW 1959, 1441.

Dabei wird nicht der innere, unerklärt gebliebene Wille ermittelt, sondern es wird nur der erklärte Wille herangezogen¹. Zu beachten ist weiter, daß die invitatio ad offerendum und der Antrag an das Publikum gegenüber anderen erklärt werden. Deshalb kommt es darauf an, wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen darf². Da damit eine generelle Regelung für eine Vielzahl von Verträgen möglich ist, ist eine verobjektivierte Auslegung vorzunehmen.

Bei dieser Abgrenzung ist zunächst zu beachten, daß es eine Verkehrssitte, die derartige Patronats-erklärungen an die Allgemeinheit als bloße Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten ansieht, nicht gibt.

Derartige Erklärungen sind nicht vergleichbar damit, daß ein beschränktes Kontingent an Waren oder Leistungen zur Ablehnung von echten Vertragsangeboten führt, um sich nicht der Gefahr des Schadensersatzes wegen der Erschöpfung des Kontingentes auszusetzen³. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Begriff des Kontingentes nicht auf den Haftungsumfang einer Patronatsverpflichtung angewendet werden kann.

Zum einen können Patronatserklärungen ohne direkte Leistungsverpflichtungen naturgemäß nicht unter diesen Begriff fallen; aber auch Patronatserklärungen mit Leistungsverpflichtungen können nicht kontingentsmäßig begriffen werden. Dies folgt daraus, daß das Zustandekommen eines Patronatsvertrages noch nicht

1 vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, § 133, Rdn. 1 und 9.

2 vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, § 133, Rdn. 12.

3 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4.

eine Leistung an die Tochtergesellschaft bedeutet. Es entsteht ja nur eine Eventualverbindlichkeit für den Fall, daß die Tochtergesellschaft ihren Verpflichtungen nicht selbst nachkommen kann.

Damit aber läge einem eventuellen Nichtleistenkönnen der Muttergesellschaft wegen eines erschöpften Vorrates an Leistungsmitteln (zum Beispiel Geld) das allgemeine wirtschaftliche Risiko eines jeden Unternehmens zugrunde, nicht aber unmittelbar die Begrenztheit der angebotenen Leistungen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die individuelle Person des eventuellen Vertragspartners für die Muttergesellschaft von einer solchen Bedeutung ist, daß deswegen kein bindendes Vertragsangebot angenommen werden könnte. Ein solcher Fall ist gewöhnlich bei Dienstverträgen gegeben¹. Die Personenbezogenheit des Dienstvertrages² läßt sich aber in unserem Fall nicht auf einen Vertrag zur Sicherung eines Kredites übertragen. Zwar spielt im Kreditsicherungsrecht generell die Frage der beteiligten Personen je nach der gestellten Sicherheit eine sehr große Rolle (unmittelbar einsichtig bei Bürgschaftserklärungen). Hier ist aber zu untersuchen, ob aus der Sicht des objektiven Empfängers gesehen die Personenbezogenheit des Sicherungsvertrages bezüglich des Sicherungsnehmers dieselbe Wichtigkeit besitzt wie die Personenbezogenheit bei einem Dienstverhältnis. Dies ist aber nicht gegeben. Wenn überhaupt eine Personenbezogenheit bei einem Sicherungsvertrag vorliegt (typischerweise bei einer Kreditbesicherung durch Personalsicherheiten),

1 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4.

2 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 611, Rdn. 3.

so betrifft diese ausschließlich den Sicherungsgeber, nicht aber den Sicherungsnehmer. Es ist der Muttergesellschaft gleich, welches Kreditinstitut der Tochtergesellschaft einen Kredit einräumt. Dagegen ist es dem Kreditinstitut noch lange nicht egal, welche Muttergesellschaft welche Patronatserklärung abgibt.

Es ist damit festzuhalten, daß es eine Verkehrs-sitte, Patronatserklärungen gegenüber dem Publikum lediglich als invitationes anzusehen, nicht gibt.

Bei der weiteren Beurteilung, wie das Kreditinstitut die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte, ist zu beachten, daß diese Erklärung von juristisch und wirtschaftlich erfahrenen und/oder beratenen Kaufleuten abgegeben und entgegengenommen wird¹.

Weiter ist die erkennbare enorme wirtschaftliche Bedeutung der besicherten Geschäfte heranzuziehen, sowie die Bedeutung der Patronatserklärung für eine Krediteinräumung².

Ein Kreditinstitut darf daher eine Patronatserklärung an die Allgemeinheit nach Treu und Glauben so auf-fassen, daß es Sinn der Erklärung ist, die Mutterge-sellschaft durch die Zustimmung des Kreditinstitutes sofort zu verpflichten.

Eine Patronatserklärung kann daher auch gegenüber der Allgemeinheit in geeigneter Form, wie Rundschreiben, Geschäftsberichte oder verlautbarte Gespräche, abge-gaben werden, so daß entsprechende Patronatsverträge durch die Annahme der Erklärung durch Interessierte zustandekommen³.

Abzulehnen ist deshalb die Entscheidung des Land-gerichts Frankfurt, Urteil vom 8.3.1977⁴, wegen

1 vgl. Stecher, S. 16; Köhler, S. 1342.

2 vgl. oben S.6, sowie Palandt/Heinrichs, BGB, § 133, Anm. 5b.

3 so richtig Müller, S. 29; Hachenburg/Barz, GmbHG, Rdn. 50 im Anhang zu § 13; Köhler, S. 1339 mit FN 10.

4 abgedruckt in AG 1977, S. 321 ff.

der Patronatsklärung der Hessischen Landesbank bezüglich der BCI¹. In der Urteilsbegründung lehnt das Gericht eine rechtsgeschäftlich verpflichtende Wirkung der Erklärungen der Hessischen Landesbank an das Publikum schon wegen des unbestimmten Adressatenkreises ab. Wenn aber Anträge an das Publikum mit dem durch Auslegung feststellbaren Willen abgegeben werden, daß mit der Annahme durch einen Beteiligten, der in der bezeichneten Art abschließen will, der Vertrag geschlossen sein soll, hat die Rechtsordnung keinen Grund, die Verbindlichkeit solcher Anträge nicht anzuerkennen². Auch in den Materialien zum BGB ist zum Ausdruck gebracht, daß die Behandlung der Angebote an eine sogenannte *persona incerta* offen bleibe, verbunden mit dem Hinweis, "die Jurisprudenz wird auch ohne besondere Anleitung die richtige Entscheidung im Einzelfall treffen."³

d) das konkludente Angebot an die Allgemeinheit
Im übrigen ist noch anzumerken, daß Anträge auf Abschluß eines Patronatsvertrages an die Allgemeinheit nicht nur wörtlich abgegeben werden können, sondern sich auch, wie andere Willenserklärungen, schlüssig aus dem Verhalten der Muttergesellschaft ergeben können^{4/5}.

1 vgl. dazu auch FAZ Nr. 224 v. 6.10.1976, S. 13.

2 vgl. Staudinger /Coing, 11. Aufl., BGB, § 145, Anm. 3.

3 vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Band I, S. 444, 3a am Ende.

4 vgl. Müller, S.29, 30 sowie Hachenburg/Barz, GmbHG, Rdn. 50 im Anhang 2 zu § 13, jeweils mit Beispielen, dazu z. T. konträr Geigy-Werthemann, S. 32.

5 Ein solches Verhalten liegt nach Müller, S. 29, dann vor, wenn die Allgemeinheit annehmen darf, daß ein redlicher Teilnehmer am Geschäftsverkehr mit diesem Verhalten üblicherweise eine Haftungsübernahme zum Ausdruck bringt; vgl. auch Hachenburg/Barz, GmbHG, Rdn. 50 im Anhang 2 zu § 13.

e) Auslegung eines Angebotes an die Allgemeinheit
Im Anschluß an die Ausführungen zur Auslegung von Patronatserklärungen, die zwischen Muttergesellschaft und Bank individuell ausgehandelt worden sind, und zur Abgrenzung dieser Patronatserklärungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist hier klarzustellen, daß die Patronatserklärungen an die Allgemeinheit in der Regel nicht als Individualabsprachen angesehen werden können¹. Als Formularverträge stehen sie den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleich². Somit sind die für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen geltenden Auslegungsregeln auf Patronatserklärungen an die Allgemeinheit grundsätzlich anwendbar³.

Für die Auslegung dieser Patronatserklärungen ist daher der objektive Inhalt und der typische Sinn maßgebend⁴. Auszugehen ist dabei von der Verständnismöglichkeit eines durchschnittlichen Erklärungsadressaten. Die Auslegung hat deshalb einheitlich und objektiv so zu erfolgen, wie diese Patronatserklärungen von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden⁵. Weiterhin gilt die in § 5 AGBG normierte Unklarheitenregel "in dubio contra stipulatorem", wenn Zweifel auch nach Anwendung der Auslegungsmethoden verbleiben.

f) Bestimmtheit des Antrages

Anträge auf Abschluß von Patronatsverträgen müssen so bestimmt oder gemäß §§ 133, 157 BGB bestimmbar sein,

1 Etwas anderes muß z.B. gelten, wenn das Angebot an die Allgemeinheit auch für eine Bank gelten soll, mit der Vorverhandlungen stattgefunden haben oder die aufgrund früherer Verhandlungen schon einmal diese Patronatserklärung für einen bestimmten Kredit erhalten hatte und jetzt für eine neue Krediteinräumung erhält.

2 vgl. Palandt/Heinrichs, AGBG, § 1, Anm. 3a.

3 vgl. die auf S.40 unter FN 5 genannten Autoren.

4 vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, § 133, Rdn. 28.

5 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, Vor § 145, Rdn. 39; stRspr vgl. BGHZ 33, 218; 17, 3; 7, 365.

daß mit der Annahme ohne weiteres die zum Zustandekommen des Vertrages notwendige Willenseinigung erreicht ist¹. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so liegt kein Vertragsantrag vor². Hinreichende Bestimmtheit ist auch gegeben, wenn der Antrag nur in Verbindung mit sonstigen Umständen, insbesondere mit Vorverhandlungen, die erforderliche Klarheit und Eindeutigkeit erhält³. Insofern wird auf die Ausführungen zu den einzelnen Erklärungstexten verwiesen.

g) zeitliche Begrenzung des Angebots

Im Zusammenhang insbesondere mit der Abgabe von Patronatserklärungen an die Allgemeinheit, sei es wörtlich, sei es konkludent, taucht auch die Frage nach der zeitlichen Begrenzung des Angebots auf.

Wenn etwa die Muttergesellschaft im Geschäftsbericht eine Patronatserklärung abgibt, stellt sich das Problem, wie lange ein solches Angebot Gültigkeit besitzt also angenommen werden kann. Im Zusammenhang damit muß auch erörtert werden, ob die Patronatserklärung sich immer nur auf einen Kreditvertrag bezieht, das Angebot also durch Annahme ausgeschöpft ist, oder aber, ob auch spätere Kreditverträge durch diese Verlautbarung gesichert werden können.

aa) die Festofferte

Wer einem anderen ein Vertragsangebot macht, rechnet in der Regel damit, daß der andere sich über die Annahme oder die Ablehnung des Angebots alsbald oder doch innerhalb einer nicht zu langen Frist entscheiden werde⁴.

1 vgl. Soergel/Lange/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 4.

2 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 145, Anm. 1a.

3 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 145, Rdn. 2.

4 vgl. Larenz, AT, § 33 I b.

Dies ergibt sich aus der Motivationslage des Antragenden, der im Normalfall sein Angebot nicht für alle Zeiten aufrecht erhalten will, weil er es zum Beispiel auch einem anderen noch vorlegen möchte.

Dieser Gedankengang vermag gerade bei einem Vertragsangebot der Muttergesellschaft an die Allgemeinheit, Kredite an die Tochtergesellschaft zu besichern, nicht zu überzeugen. Auch schließt das BGB die Zulässigkeit eines langfristig bindenden Angebotes nicht aus. Dies ergibt sich für solche Festofferten aus einer Wertung der §§ 145, 148 BGB.

Die Zulässigkeit der Festofferte ist stark umstritten. Einige Autoren halten sie für unzulässig, da die Bestimmung des § 148 BGB langfristige Annahmezeiträume ausschließt¹. Nach ihrer Ansicht geht aus den Bestimmungen der §§ 145 ff BGB hervor, daß ein Vertragsangebot alsbald anzunehmen ist. Georgiades weist auch darauf hin, daß es der Natur des Vertrages als eines einheitlichen Aktes widerspreche, das Zustandekommen des Vertrages auf **Jahre** oder sogar Jahrzehnte auszuweiten².

Die Gegenmeinung hält dagegen ein langfristig bindendes Vertragsangebot für zulässig³. Dafür spricht schon der Wortlaut des § 148 BGB, der eine zeitliche Begrenzung der Annahmefrist nicht vorschreibt. Auch eine Wertung der Interessen zwingt nicht zu einer Ablehnung der Festofferte. Der Sinn der Vorschrift des § 148 BGB geht dahin, dem Antragenden die zeitliche Gebundenheit selbst zur Bestimmung zu überlassen. Dann muß es aber möglich

1 vgl. Staudinger/Coing, 11. Aufl., BGB, § 146, Rdn.1; Flume, § 35 I 2; Georgiades, Festschrift Larenz, S. 413.

2 vgl. Georgiades, S. 413, 414.

3 vgl. von Einem, Die Rechtsnatur der Option, S. 20; Larenz, Schuldrecht BT, § 44 IV 4; Enneccerus/Nipperdey, § 161 II 1; BGHZ 47, 388; Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl. vor § 145, Anm. 4c.

sein, in bestimmten Fällen, die ein solches erfordern, auch eine längerfristige Gebundenheit anzunehmen. Allein aus dem Fehlen spezieller Haftungsvorschriften für den Fall, daß der Anbietende über den Vertragsgegenstand anderweitig verfügt hat, kann eine Unzulässigkeit der Festofferte sich nicht ergeben. Dieses Risiko trifft, abgesehen von der Zeitkomponente, den Empfänger einer kurzfristigen Offerte ebenso¹. Die Zulässigkeit einer Festofferte ist daher anzunehmen^{2/3}.

bb) Abgrenzung Festofferte - "normales" Angebot

Danach ist durch Auslegung zu ermitteln, ob in der Erklärung der Muttergesellschaft eine Festofferte oder ein "normales" kurzfristig anzunehmendes Angebot zu sehen ist. Der Wortlaut der Erklärungen vermag dabei meist nicht weiter zu helfen, da die Fristigkeit der Erklärungen darin nicht ausdrücklich erläutert wird. Anzumerken ist aber, daß selbstverständlich auch die Festofferte eine Frist zur Annahme enthalten muß. Diese kann entweder wörtlich oder konkludent zum Ausdruck kommen⁴. Das Vertragsangebot ist deshalb im konkreten Fall so auszulegen, wie der Erklärungsempfänger es nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung verstehen darf⁵.

Anhaltspunkte bei der Beurteilung dieser Frage können sein: die Vorverhandlungen, die ausdrückliche Nennung des herauszulegenden Kredites im Wortlaut der Erklärung

1 vgl. vonEinem, S. 19/20.

2 vgl. auch Obermüller, DB 1976, S. 901 für den Fall der Abkaufverpflichtung.

3 Mit Larenz, Schuldrecht BT, § 44 IV 4, soll hier nicht von einer Option gesprochen werden, weil Bedenken dagegen bestehen, die Rechtsposition dessen, dem ein Vertragsangebot gemacht worden ist, schon als "Gestaltungsrecht" anzusehen; vgl. grundlegend Böttcher, Festschrift Dölle, Bd. 1, S. 52 ff.

4 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 148, Rdn. 3.

5 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 133, Anm. 4c.

oder sonstige Punkte, die auf eine bestimmte Fristigkeit schließen lassen.

Bei einer Patronatserklärung an die Allgemeinheit, wie sie zum Beispiel im Geschäftsbericht der Deutschen Bank 1976 und 1977 abgegeben worden ist und die keine Fristigkeit vom Wortlaut her enthält¹, ist danach davon auszugehen, daß das Angebot grundsätzlich bis zur Aufgabe der Beteiligung an der Tochtergesellschaft Gültigkeit haben soll. Da dieses Jahrzehnte umfassen kann, wird man durch Auslegung der Willenserklärung aber zur Annahme eines Widerrufsvorbehalts kommen müssen, dessen Ausübung für die Zukunft dann in derselben Art und Weise gegenüber der Allgemeinheit bekanntgemacht werden muß wie die Patronatserklärung auch, um die entsprechenden Verkehrskreise zu erreichen.

cc) Festofferte mit mehrfacher Annahmemöglichkeit

Soweit eine Patronatserklärung einem bestimmten Kreditinstitut durch Übersendung in Briefform zugeht und darin kein Bezug auf einen bestimmten Kredit an eine bestimmte Tochtergesellschaft genommen wird, stellt sich die Frage, ob die Besicherung gleichwohl nur für den individualisierbaren Kredit an eine bestimmte Tochtergesellschaft angeboten wird, oder aber, ob auch zukünftige Kreditherauslagen auch an andere Tochtergesellschaften dadurch besichert werden können.

Ähnlich dem Angebot an die Allgemeinheit, das tatsächlich viele Angebote an viele Rechtssubjekte darstellt,

1 Wortlaut: "Unseren langjährigen Grundsätzen entsprechend unterstreicht der Bilanzausweis in diesen Fällen (Anm: bestimmte Beteiligungen) die erklärte Absicht der Bank, bei den einzelnen Gesellschaften unternehmerisch Einfluß auszuüben. Aufgrund der damit verbundenen geschäftlichen Mitverantwortung tragen wir im Rahmen unserer Quote dafür Sorge, daß diese Unternehmen ihre Verbindlichkeiten erfüllen können"; zitiert nach: Köhler, S. 1339, FN 10.

muß man hier durch Auslegung zu dem Ergebnis kommen, daß damit viele Angebote an ein Rechtssubjekt gemeint sind. Damit ist also ein entsprechendes Sicherungsangebot nicht durch den Abschluß eines einzigen Kreditvertrages bereits "verbraucht", sondern kann auch in Zukunft noch herangezogen werden¹. Sollte dieses Ergebnis von der Muttergesellschaft nicht erwünscht sein, so muß sie dies in den Vorverhandlungen oder in der Erklärung, z. B. durch Bezugnahme auf einen konkreten Kredit, zum Ausdruck bringen.

3. die Annahme

Es wurde festgestellt, daß in der Abgabe einer Patronatserklärung, sei es wörtlich, sei es schlüssig, ein Antrag auf Abschluß eines entsprechenden Patronatsvertrages zu sehen ist. Es muß im folgenden noch geklärt werden, wie die Annahme dieses Antrages erfolgt.

Zunächst kann festgestellt werden, daß die Annahme gegenüber der Muttergesellschaft in der Regel nicht ausdrücklich erklärt wird². Es sind daher die Fälle zu untersuchen, in denen die Rechtsordnung auf den Zugang der Annahmeerklärung bzw. auf eine Annahmeerklärung überhaupt verzichtet.

1 so wohl auch Müller, S. 34; Nielsen, S. 185; anderer Ansicht Bodenstein/Jahn, S. 101.

2 vgl. Stecher, S. 25; Gerth, Atypische Kreditsicherheiten, S. 61; ebenso Mosch, S. 84; Bodenstein/Jahn, S. 102, rät dazu, die Annahme der Erklärung ausdrücklich zu bestätigen; dieser Rat dürfte nicht nur im Geschäftsverkehr mit dem italienischen Ausland angebracht sein!

a) Problematik des § 362 I HGB

Gemäß § 362 I HGB gilt das Schweigen eines Kaufmanns, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, als Annahme eines Antrages, wenn dem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, und er nicht unverzüglich ablehnt. In den Fällen des § 362 HGB wird die Annahmeerklärung vom Gesetz fingiert, es braucht also überhaupt keine abgegeben zu werden¹.

Aus § 1 I Satz 1 KWG ergibt sich, daß Kreditinstitute Kaufleute sind. Des weiteren besorgt ein Kreditinstitut auch Geschäfte für andere; im einzelnen sind die Bankgeschäfte in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG aufgeführt. § 362 I HGB verlangt außerdem, daß zwischen dem Kaufmann und dem Antragenden eine Geschäftsverbindung besteht oder der Kaufmann die Besorgung von Geschäften dem Antragenden angeboten hatte.

Dies könnte nur für den Einzelfall beurteilt werden. § 362 I HGB kann aber (auch) aus einem anderen Grund nicht zum Tragen kommen. Diese Regelung verlangt nämlich, daß sich der dem Kaufmann zugehende Antrag gerade auf eine Geschäftsbesorgung beziehen würde, die in den Bereich der Geschäftsbesorgungen fällt, die ein Kreditinstitut ausführt².

Unter Geschäftsbesorgung versteht die herrschende Meinung eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die für einen anderen und in dessen Interesse wahrgenommen wird³. Dabei kann die Tätigkeit rechtsgeschäftliches und tatsächliches Handeln umfassen⁴. Wesentlich ist aber,

1 vgl. Baumbach/Duden, H.G.B., § 362, Anm. 1.

2 vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, § 362, Rdn. 9.

3 vgl. BGHZ 45, 223; Enneccerus/Lehmann, § 164 I; Erman/Hanß, B.G.B., § 675, Anm. 1; RGRK/Steffen, BGB, § 675, Anm. 1; Larenz, Schuldrecht, BT, § 56, V.

4 vgl. Palandt/Thomas, BGB, § 675, Anm. 2a.

daß sie gerichtet sein muß auf solche Geschäfte, für die ursprünglich der Geschäftsherr, hier die Muttergesellschaft, selbst in Wahrnehmung seiner Interessen zu sorgen hatte, die ihm aber nun durch einen anderen, hier das Kreditinstitut, abgenommen werden¹.

Dies trifft nicht zu.

Die Annahme des Antrages auf Abschluß eines Patronatsvertrages ist keine Geschäftsbesorgung für die Muttergesellschaft. Sie wird nicht im fremden Interesse ausgeübt, vielmehr verfolgt das Kreditinstitut ausschließlich eigene Interessen: es will den Kredit an die Tochtergesellschaft nicht blanco herauslegen und deswegen eine Kreditsicherheit erlangen. § 362 HGB kann daher nicht zur Anwendung kommen.

b) der Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung

Möglich wäre aber auch, daß ein Patronatsvertrag gemäß § 151 BGB zustande kommt.

Angebot und Annahme werden grundsätzlich erst mit Zugang wirksam, da sie empfangsbedürftige Willenserklärungen sind (§ 130 I 1 BGB)². Eine Ausnahme dazu bildet § 151 BGB; danach braucht die Annahme dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat.

Zu beachten ist, daß in den Fällen des § 151 BGB lediglich auf den Zugang der Annahmeerklärung, nicht aber auf die Annahmeerklärung selbst verzichtet wird³.

Diese Annahme muß durch eine äußerlich in Erscheinung tretende Betätigung des Annahmewillens erkennbar werden⁴.

1 vgl. Palandt/Thomas, BGB, § 675, Anm. 2b.

2 vgl. Larenz, AT, § 33, I und II.

3 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 151, Anm. 1; Erman/Hefermehl, BGB, § 151, Rdn. 5; Larenz, AT, § 34 I.

4 vgl. RGZ 117, 314; Enneccerus/Nipperdey, § 162 I 2a, BGH WPM 1977, 1020; Larenz, AT, § 34 I.

Spätestens die Auszahlung des Kreditbetrages an die Tochtergesellschaft ist als Betätigung des Annahmewillens anzusehen. Das Kreditinstitut bringt damit zum Ausdruck, daß es mit einer Besicherung durch den Patronatsvertrag einverstanden ist. Es ist offensichtlich, daß es den Kreditbetrag nur gegen die angebotene Sicherheit herausgeben will, die auf jeden Fall ein Plus gegenüber einem Blanco-Kredit bedeutet. Sollte dem Kreditinstitut die Sicherheit andererseits nicht genügen, wird es auch den Kredit nicht herauslegen.

Schwieriger ist die Situation zu beurteilen, wenn das Kreditinstitut den Kredit bereits herausgelegt hat. Hier muß darauf hingewiesen werden, daß ein bloßes Nichtstun oder eine innere Zustimmung nicht ausreichend sind. Wenn also keine äußerlich in Erscheinung tretende Betätigung des Annahmewillens aus den Umständen vorliegen kann¹, muß das Kreditinstitut die Annahme der Muttergesellschaft gegenüber erklären, damit ein Sicherungsvertrag zustande kommt².

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn man im Einzelfall durch Auslegung der Patronatserklärung zu dem Ergebnis käme, daß diese Patronatserklärung durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben wäre, mithin also formlos schon vorher ein Sicherungsvertrag geschlossen und dementsprechend der Kreditbetrag ausgezahlt worden wäre.

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer Annahme gemäß § 151 BGB ist, daß eine Erklärung dem Antragenden gegenüber nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat.

Bezüglich der Verkehrssitte entscheiden unter Kaufleuten³ die Gepflogenheiten des Handelsverkehrs⁴.

1 Denkbar wären insofern interne Umbuchungen; Hausmitteilungen, daß der Kredit nunmehr besichert sei; ein Schreiben an die Tochtergesellschaft.

2. vgl. nochmals Bodenstein/Jahn, S. 102, mit der Empfehlung, die Annahme ausdrücklich zu bestätigen; Seiler, S. 13, sieht dies als Regelfall in der Praxis an.

3 vgl. § 1 KWG und § 6 HGB.

4 vgl. Erman/Hefermehl, BGB, § 151, Anm. 3. - 59 -

Eine entsprechende Gepflogenheit besteht für Bürgschafts- oder Garantieverträge.¹ Daraus kann geschlossen werden, daß sich eine solche Gepflogenheit auch bei Patronatserklärungen gebildet hat², jedoch mit der Einschränkung, daß dieses nur für die Patronatserklärungen gelten kann, die bezüglich der beteiligten Parteien wie die Bürgschafts- und Garantieerklärungen auch von feststehenden Personen sowie von feststehenden Haftungssummen ausgehen. Dies betrifft den typischen Fall, daß eine Muttergesellschaft einem Kreditinstitut per Brief anläßlich konkreter Kreditverhandlungen eine Patronatserklärung übermittelt. In diesen Fällen erhält der Sicherungsnehmer vom Sicherungsgeber eine Erklärung, an die der Sicherungsgeber gebunden sein will, wenn der Sicherungsnehmer sie ohne Erklärung gegenüber dem Sicherungsgeber annimmt.

Etwas anderes muß gelten, wenn die Patronatserklärung gegenüber der Allgemeinheit abgegeben wird³. Eine Vergleichbarkeit der Gepflogenheiten scheidet dann aus. Zudem werden solche Patronatserklärungen relativ selten abgegeben, so daß sich eine Verkehrssitte nicht so einfach ermitteln ließe.

Der Annahme einer entsprechenden Verkehrssitte auch bei Erklärungen gegenüber der Allgemeinheit widerspricht aber in erster Linie das Interesse der Muttergesellschaft an Individualisierung der Vertragspartner. Dieses Interesse ergibt sich primär daraus, daß die Muttergesellschaft aus bilanzrechtlichen und anderen Gründen wissen will, in welchem Rahmen sie Eventualverbindlichkeiten eingegangen ist. Ein Sicherungsgeber wird den Umfang seiner möglichen

1 vgl. Kleiner, Bankgarantie, S. 19 und Stecher, S. 27.

2 so auch Stecher, S. 27.

3 Natürlich auch dann, wenn die Patronatserklärung zwar gegenüber einem bestimmten Kreditinstitut abgegeben wird, dieses die Sicherungserklärung aber auch als für zukünftige Darlehnsverträge geltend ansehen darf. Vgl. oben, S. 54f.

Haftung möglichst genau wissen wollen, um die Risiken jederzeit abschätzen zu können. Dies gilt insbesondere, wenn die Gültigkeit eines langfristigen Angebots auf Abschlüsse von Sicherungsverträgen bejaht wird.

Entsprechendes hat zu gelten, wenn die Muttergesellschaft gegenüber einem bestimmten Kreditinstitut konkludent zum Ausdruck bringt, daß die Patronatserklärung nicht nur für einen bestimmten Kredit als Besicherung gelten soll, sondern auch für zukünftige. Der Satz, daß die Annahme unentgeltlicher Zuwendungen und anderer Geschäfte, die dem Antragsempfänger nur günstig sind, nach der Verkehrssitte dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden braucht¹, kann nur da gelten, wo der Begünstigte individualisiert ist, um den Umfang der Begünstigung erfassen zu können. Diese Verkehrssitte existiert nicht, wo durch Angebot an die Allgemeinheit oder langfristig bindendes Angebot der Begünstigungsumfang nicht feststeht.

Daher wird man auch nur bei der typischen Abgabe der Patronatserklärung in Briefform für einen bestimmten Kredit an ein bestimmtes Kreditinstitut von einem dann regelmäßig vorliegenden Verzicht der Muttergesellschaft im Sinne des § 151 BGB ausgehen können².

Dieser ergibt sich in diesen Fällen daraus, daß ein Vorteil aus der Patronatserklärung nur für das Kreditinstitut gegeben ist, woraus auf einen entsprechenden Verzichtwillen der Muttergesellschaft geschlossen werden kann³. Außerdem erfährt sie durch die Kreditauszahlung an die Tochtergesellschaft ohnehin von der Annahme und dies wird ihr im Regelfall auch genügen⁴.

1 vgl. RG, JW 11,87; JW 31,1353; BAG 11, 249.

2 so auch Stecher, S. 28.

3 vgl. Soergel/Lange/Hefermehl, BGB, § 151, Ran. 19.

4 so auch Stecher, S. 28.

Für die übrigen Fälle der Abgabe von Patronats-
erklärungen (Erklärungen an die Allgemeinheit,
langfristige Angebote in einer Erklärung u. ä.)
zwingen die schon bei dem Tatbestandsmerkmal
"Verkehrssitte" diskutierten Zweifel dazu,
einen sich aus den Umständen¹ ergebenden Verzicht-
willen zu negieren. Indirekt ergibt sich dies für lang-
fristige Angebote auf Abschluß von Patronatsverträgen
auch daraus, daß die Angebote, die gemäß § 151 BGB ange-
nommen werden können, in der Regel kurzfristig sind,
da nicht anzunehmen ist, daß der Antragende eine längere
Bindung für einen Vertragsschluß übernehmen will, von
dem er unter Umständen zunächst nicht einmal erfährt².

4. Vertretung und Anfechtung

Im folgenden soll kurz auf die Problemkreise Vertretung
und Anfechtung eingegangen werden.

a) Vertretung

Wie bei jedem Vertragsschluß kann auch bei dem Patronats-
vertrag Vertretungsrecht angewendet werden.

Auszugehen ist davon, daß die Patronatserklärungen
meist auf "Vorstandsebene" ausgehandelt werden³. Dem-
entsprechend werden die daraufhin in Briefform über-
sandten Patronatserklärungen auch von einem oder mehreren
Vorstandsmitgliedern unterzeichnet worden sein. Dies ist
jedoch kein Fall des Vertretungsrechtes. Zwar hat gemäß
§ 26 II 1 2. HS BGB der Vorstand einer Aktiengesell-
schaft⁴ die Stellung eines gesetzlichen Vertreters;

1 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 151, Anm. 2b.

2 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 151, Anm. 2c.

3 vgl. Möser, S. 1471.

4 Nach einer Untersuchung von Stecher ist die Mutter-
gesellschaft zumeist in der Rechtsform der AG oder
GmbH organisiert, vgl. Stecher, S. 2; im folgenden
wird daher die Aktiengesellschaft als typische juri-
stische Person in den Vordergrund gestellt, gleiches
hat aber auch z. B. bei der GmbH zu gelten.

er ist jedoch nicht gesetzlicher Vertreter, sondern Organ der juristischen Person; sein Handeln ist als Handeln der juristischen Person anzusehen, da der juristischen Person die natürliche Handlungsfähigkeit fehlt¹. Nach §§ 78 I, 82 I AktG ist die grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht des Vorstandes Dritten gegenüber nicht beschränkbar², so daß sich daraus grundsätzlich keine Schwierigkeiten für das Kreditinstitut ergeben können.

Ein Unsicherheitsfaktor besteht aber auch hier:

§ 78 II AktG bestimmt, daß, wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Zwar verlangt Gesamtvertretung nicht gleichzeitiges Handeln. Es genügt vielmehr, daß ein Vorstandsmitglied nach außen auftritt und die anderen entweder vorher einwilligen oder nachträglich genehmigen³. Auch eine stillschweigende Zustimmung ist möglich⁴. Unter Umständen kann ein Gesamtvertreter auch aufgrund von Anscheins- oder Duldungsvollmacht alleinvertretungsberechtigt sein⁵. Auf jeden Fall ist das Handelsregister wegen §§ 37 II, 81 I AktG einzusehen, um nachzuprüfen, ob tatsächlich eine Einzelvertretung möglich beziehungsweise welche Regelung dort festgelegt ist⁶.

Unterhalb der Vorstandsebene beurteilt sich das Handeln allgemein nach Vertretungsrecht. Dabei verdienen die §§ 48 ff HGB bezüglich der Prokura und der Handlungs-

1 vgl. Staudinger/Coing, 11. Aufl., BGB, § 26, Anm. 10; Palandt/Heinrichs, BGB § 26, Anm. 2.

2 Für die GmbH: vgl. § 37 II GmbHG; dieser wird auch herangezogen zur Begründung dafür, daß die Vertretungsmacht des Vorstandes nicht durch den Gesellschaftszweck begrenzt wird.

3 vgl. RGZ 101, 343; 116, 118; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, § 78, Rdn. 18.

4 vgl. RGZ 123, 288; Godin/Wilhelmi, AktG, § 78, Anm. 5.

5 vgl. BGH WM 1976, 503.

6 vgl. zu den verschiedenen Geltungsmöglichkeiten Baumbach/Rueck, AktG, § 78, Rdn. 9 ff; Godin/Wilhelmi, AktG, § 78, Anm. 7f; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, § 78, Rdn. 22f.

vollmacht Beachtung, wobei insbesondere § 50IHGB bestimmt, daß eine Beschränkung des Umfangs der Prokura Dritten gegenüber unwirksam ist. Aber auch hier besteht die Unsicherheit, daß unter Umständen keine Einzelprokura vorliegt, sondern eine Gesamtprokura, wozu eine Eintragung im Handelsregister gemäß § 53 I 2 HGB überprüft werden muß. Wie in allen Lebensbereichen kann sich auch hier eine Haftung der Muttergesellschaft aus den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht ergeben.

Dementsprechend empfehlen Bodenstein/Jahn aus Vorsichtsgründen darauf zu achten, daß die Vertretungsvollmacht des oder der Erklärenden auch zur Übernahme von Bürgschaften in gleicher Höhe geprüft und die Identität der Unterschriften festgestellt wird¹.

Für den Fall, daß eine Patronatserklärung in einem Geschäftsbericht veröffentlicht wird, ergeben sich keine Vertretungsprobleme, da dort alle Vorstandsmitglieder unterzeichnet haben. Bei anderen, an die Allgemeinheit gerichteten Erklärungen, wie Rundschreiben etc. ergibt sich dieselbe Problematik wie oben.

Wie bereits erwähnt, können Patronatserklärungen auch konkludent abgegeben werden; erwähnt sei das Beispiel von Müller, daß sich die Muttergesellschaft an den Kreditverhandlungen zwischen Kreditinstitut und Tochtergesellschaft beteiligt. Im Zweifel ist hierin nach Müller die konkludente Erklärung enthalten, für die ordnungsgemäße Abwicklung des Geschäftes Sorge zu tragen².

1 vgl. Bodenstein/Jahn, S. 102; so auch Bodenstein/Eberth, S. 69

2 vgl. Müller, S. 28; a.A. Geigy-Werthemann, S. 32.

In diesem Fall wird die konkludente Erklärung unmittelbar von den Organen der Muttergesellschaft abgegeben, so daß Vertretungsrecht nicht zur Anwendung kommt. Soweit Gesamtvertretung bei den Vorstandsmitgliedern gegeben ist, ist zu vermuten, daß eine interne Einwilligung stattgefunden hat.

b) Anfechtung

Bei der Anfechtung gelten die allgemeinen Regeln. Besonders darauf hinzuweisen ist, daß die Muttergesellschaft auch ihre konkludenten Erklärungen anfechten kann, wenn die einzelnen Anfechtungsvoraussetzungen gegeben sind¹.

Wenn nicht nur ein Auseinanderfallen von Erklärungsstatbestand und konkretem Geschäftswillen (wohl die meisten Fälle) vorliegt, sondern auch kein aktuelles Erklärungs-bewußtsein vorhanden war, kommt es darauf an, welche Anforderungen man an das Erklärungs-bewußtsein stellt und ob man bei fehlendem Erklärungs-bewußtsein überhaupt noch eine Willenserklärung annimmt. Je nachdem kommt man zu einer unmittelbaren oder analogen Anwendung der Anfechtungsregeln oder aber zu dem Ergebnis, daß eine Anfechtung nicht nötig ist, da keine wirksame Willenserklärung vorliegt². Schadenersatz erfolgt in allen Fällen analog oder unmittelbar nach § 122 BGB³.

Da das Darlehen ein Dauerschuldverhältnis ist, berechtigt die Anfechtung des Patronatsvertrages das Kreditinstitut zu einer außerordentlichen Kündigung des Darlehensvertrages⁴. Anerkannter Kündigungsgrund ist der Wegfall der Sicherheit, es würde insoweit auch schon eine Gefährdung der Sicherheit genügen⁵.

1 vgl. Larenz AT, § 25 III b; Palandt/Heinrichs, BGB, § 119, Anm. 1c.

2 vgl. Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 116-144, Rdn. 30 mit weiteren Nachweisen.

3 vgl. Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 116-144 Rdn. 81.

4 vgl. Larenz, SchuR BT, § 47 III; BGH WPM 1969, 335.

5 vgl. Palandt/Putzo, BGB, § 609, Anm. 4a.

Andererseits ist auch die Annahmeerklärung des Kreditinstitutes gemäß § 151 BGB, da sie eine echte Willenserklärung darstellt, anfechtbar¹.

IV Ausschlußklausel

Müllhaupt² berichtet davon, daß, unabhängig vom Verpflichtungsgehalt der Patronatserklärung, gelegentlich in einem Patronatsschreiben folgende Formulierung an den eigentlichen Patronatstext angehängt wird:

"Diese Erklärung beinhaltet weder eine Garantie, eine Sicherheit, noch eine Bestätigung eines Kreditauftrages."

Er vertritt die Ansicht, daß der bekanntgegebene Ausschlußwille im allgemeinen die rechtliche Verbindlichkeit ausschließt. Allenfalls nach dem Vertrauensprinzip und mit Anwendung der Regeln über die Simulation hält er im Einzelfall eine Verpflichtung der Muttergesellschaft für möglich³.

Diese Ansicht trifft jedoch so allgemein nicht zu. Die Ausschlußerklärung muß im Zusammenhang mit dem eigentlichen Patronatstext gesehen werden und vom Wortlaut dieser Gesamterklärung ist auszugehen. Bei der Auslegung sind daneben alle äußeren erkennbaren Umstände wie die Interessenlage, das Verhalten der Beteiligten, der wirtschaftliche Zweck, die Bedeutung des Geschäfts und die allgemeine Verkehrsauffassung heranzuziehen⁴. Anzumerken ist allerdings, daß überhaupt eine Auslegungsfähigkeit der Erklärung gegeben sein muß: bei absoluter Eindeutigkeit der Erklärung ist für eine Auslegung kein Raum⁵.

1 vgl. Soergel/Lange/Hefermehl, BGB, § 151, Anm. 5; Ennecceras/Nipperdey, § 145 II A 3.

2 vgl. Müllhaupt, S. 114/115.

3 vgl. Müllhaupt, S. 114/115.

4 vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, § 133, Rdn. 1,2,8ff, 14f,17f,29; Palandt/Heinrichs, BGB, § 133, Anm. 1,4,5; Erman/Brox, BGB, § 133, Rdn. 30-33.

5 vgl. RG HRR 28,206; RGZ 158,124.

Das Auslegungsergebnis kann nur für den Einzelfall aus der Kombination Patronatstext und Ausschußtext ermittelt werden. Dabei können jedoch einige Anhaltspunkte generell formuliert werden.

Wenn man vom konkreten Wortlaut der Ausschußerklärung ausgeht, fällt auf, daß der Ausschuß bereits vom Wortlaut her zwei Rechtsinstitute betrifft, die eine unmittelbare Leistungspflicht der Muttergesellschaft an das Kreditinstitut begründen würden. Sowohl bei dem Kreditauftrag, hier sind Bürgschaftsregeln bezüglich der Haftung anzuwenden, als auch bei der Garantie besteht eine unmittelbare Einstandspflicht des Erklärenden (Muttergesellschaft) gegenüber dem Erklärungsempfänger (Kreditinstitut). In diesem Licht ist daher auch der dritte Begriff der "Sicherheit" auszulegen.

Vom reinen Wortlaut her gesehen umfaßt der Begriff "Sicherheit" eine Ausprägungsvielfalt, die definitorisch kaum umrissen werden kann. Bei der Auslegung sind aber die beiden anderen in der Ausschußerklärung erwähnten Begriffe sowie die sonstigen erkennbaren Umstände heranzuziehen. Dabei **verengt** sich der Begriff "Sicherheit" auf eine solche Sicherung, die eine unmittelbare Leistungsverpflichtung gegenüber dem Kreditinstitut begründen würde.

Das erkennbare Interesse des Kreditinstitutes an einer Sicherung des Kredites, es will ihn nicht blanco herauslegen, sonst hätte es auf eine Patronatserklärung gleich verzichtet, zwingt zu der Annahme, daß nicht jede Sicherheit schlechthin gemeint sein kann. Dieses Zwischenergebnis ist der Muttergesellschaft auch erkennbar, da sie die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäftes kennt und ihr die Regeln im Kreditgeschäft bekannt sind. Wie bereits mehrfach hervorgehoben, geht es der Muttergesellschaft primär darum, eine eigene Einstandspflicht

entweder ganz, zumindest aber gegenüber dem Kreditinstitut abzuwenden¹. Im Zusammenspiel mit dem unter Umständen eindeutigen Patronatswortlaut wird man im Einzelfall dazu kommen können, daß eine Einstandspflicht gegeben sein muß. Dann besteht aber immer noch ein Interesse der Muttergesellschaft daran, die Einstandsmöglichkeit gegenüber dem Kreditinstitut zu verhindern, um sich die Hilfsmöglichkeiten für die Tochtergesellschaft möglichst offen zu halten. Dieses soll durch die Ausschlußklausel gewahrt werden.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Ausschlußklausel generell, soweit eine Auslegung der Gesamterklärung im Einzelfall kein anderes Resultat erfordert, den Willen der Muttergesellschaft zum Ausdruck bringt, nicht unmittelbar haften zu wollen. Nicht soll aber damit jede rechtsgeschäftliche Verpflichtung ausgeschlossen werden.

Abschließend zu klären ist dieser Sachverhalt jedoch nur im Einzelfall, da der Wortlaut sowohl des Patronatstextes als auch des Ausschlußtextes schwanken kann und zudem die Umstände des Einzelfalles eine entscheidende Rolle spielen.

V Rechtswahl und Gerichtsstand

Da Patronatserklärungen häufig im internationalen Geschäftsbereich auftauchen, ist auch die Frage der Rechtswahl und des Gerichtsstandes zu erörtern.

¹ vgl. oben S. 14 .

1. Rechtswahlklausel

Köhler hat bei seiner Untersuchung herausgefunden, daß häufig die Geltung des deutschen Rechts für die Patronatserklärung ausbedungen ist¹.

Eine solche Intention läßt sich damit begründen, daß bei Geltung ausländischen Rechts - die Patronatserklärung ist wohl in keinem Land gesetzlich geregelt² - die Wirksamkeit beziehungsweise der Verpflichtungsgehalt der Patronatserklärung nur unter Einschaltung eines ausländischen Rechtsanwaltes überprüft werden kann, was Zeitaufwand erfordert und mit Kosten verbunden ist. Außerdem kann sich die rechtliche Bewertung einer Patronatserklärung durch die Anwendung ausländischen Rechts von einer vertraglichen zu einer bloß moralischen Verbindlichkeit verschieben³.

Aus diesen Gründen, wozu wahrscheinlich noch eine grundsätzliche Bevorzugung des deutschen Rechts aus Gewohnheitsgründen kommen dürfte, wird das Kreditinstitut versuchen, die Anwendung deutschen Rechts im Patronatsvertrag zu vereinbaren.

Es ist heute international anerkannt, daß die Parteien die Möglichkeit haben, einen schuldrechtlichen Vertrag durch Vereinbarung einem bestimmten nationalen Recht zu unterstellen⁴. Die Möglichkeit schaltet aber noch nicht unbedingt die Risiken, die sich speziell aus einer internationalen Rechtsbeziehung ergeben können,

¹ vgl. Köhler, S. 1340; ebenso v. Westphalen, S. 206 und Seiler S. 143; Im Schweizerischen Rechtskreis kommen dagegen Müllhaupt, S. 109, Altenburger, S. 21 und Huber, S. 61, übereinstimmend zu der Feststellung, daß Rechtswahlklauseln und Gerichtsstandsbestimmungen fast nie bei Patronatserklärungen vorgefunden werden.

² vgl. v. Westphalen, S. 206.

³ vgl. Obermüller, S. 38; Müllhaupt, S. 109; Huber, S. 61.

⁴ vgl. Soergel/Kegel, 10. Aufl., BGB, Rdn. 227 vor A t. 7 EGBGB Palandt/Heldrich, BGB, Vorbemerkung vor Art 12 EGBGB, Anm. 2a Gamillscheg, Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, AcP 157, S. 303 ff.

aus. Diese können sich dann ergeben, wenn das Kreditinstitut gezwungen ist, im Ausland die Rechte aus der Patronatserklärung geltend zu machen. Das könnte geschehen durch Klage vor einem ausländischen Gericht oder durch Vollstreckung eines deutschen Titels im Heimatland der ausländischen Muttergesellschaft¹.

Das Risiko des Kreditinstitutes besteht dann darin, daß die ausländische Rechtsordnung einzelne der für anwendbar erklärten deutschen Rechtsnormen wegen Verstoßes gegen den eigenen ordre public für nicht anwendbar erklärt.

Eine solche generelle Vorbehaltsklausel findet sich als geschriebener Bestandteil in jeder Rechtsordnung².

Für den deutschen Rechtskreis zum Beispiel liegt ein Verstoß gegen den ordre public vor, wenn das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es für untragbar gehalten wird³ oder wenn die Anwendung ausländischen Rechts gegen die guten Sitten verstößt.

Dies veranschaulicht deutlich, daß trotz der Vereinbarung der Geltung deutschen Rechts noch genau abzuklären ist, wieweit im konkreten Fall deutsche Rechtsnormen im Widerspruch zum ordre public des Staates stehen, in dem die Rechte aus der Patronatserklärung einzuklagen sind oder in dem aus einem deutschen Titel vollstreckt werden muß⁴.

1 vgl. Rümker, S. 996.

2 vgl. Palandt/Heldrich, BGB, EGBGB, Art. 30, Anm. 1; Kegel, Internationales Privatrecht, S. 51.

3 vgl. BGHZ 50, 376.

4 vgl. Beispiele bei Rümker, S. 996.

Fehlt eine Rechtswahlklausel, also eine ausdrückliche Vereinbarung des anzuwendenden Rechts, ist zunächst zu untersuchen, ob stillschweigend eine solche Rechtswahl erklärt worden ist¹. Dies muß aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles abgeleitet werden, wobei als Anhaltspunkte gelten können: die Verweisung auf Vorschriften eines bestimmten Rechts; Usancen, die auf einer bestimmten Rechtsordnung basieren; die Vereinbarung eines einheitlichen Erfüllungsortes oder Gerichtsstandes oder die Benutzung von Formularen, die auf einem bestimmten Recht aufbauen².

Ist ein solcher stillschweigend erklärter Parteiwille nicht festzustellen, so muß im Wege ergänzender Vertragsauslegung untersucht werden, ob sich ein solcher hypothetischer Parteiwille ergeben kann³. Dabei ist zu prüfen, ob sich nach der Eigenart des Sachverhaltes ein Schwerpunkt des Schuldverhältnisses bestimmen läßt, von dem aus auf eine bestimmte Rechtsordnung geschlossen werden kann⁴. Von Bedeutung ist dabei insbesondere die vertragscharakteristische Leistung⁵.

Hinzuweisen ist auf das "Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht" vom 11.6.1980⁶.

Art. 4 Abs. 1 dieses Übereinkommens bestimmt, daß bei Fehlen einer Rechtswahl der Vertrag dem Recht des Staates untersteht, zu dem er die engste Beziehung hat. Gemäß Art. 4 Abs. 2 ist dies der Staat, in dem die Partei die

1 vgl. Palandt/Heldrich, BGB, EGBGB, Vorbem.vor Art. 12, Anm. 2a bb.

2 vgl. Rümker, S. 996; Finger, Bankgarantien und deutsches Internationales Privatrecht, AWD 1969, S. 488; Soergel/Kegel, 10. Aufl., BGB, Rdn. 237, 238 vor Art. 7 EGBGB; Rümker ist der Ansicht, daß wegen der Standardisierung der Patronatserklärungen möglicherweise das letzte Indiz bei einer Patronatserklärung Bedeutung hat. Seinen Zweifeln schließt sich Verfasser an, da die Standardisierung bei Patronatserklärungen nicht mit Formularen, wie sie z.B. bei AGB benutzt werden, verglichen werden kann.

3 vgl. Rümker, S. 997; Palandt/Heldrich, BGB, Vorbem. vor Art. 12 EGBGB, Anm. 2a cc.

4 vgl. Palandt/Heldrich, a.a.O.

5 vgl. Soergel/Kegel, 10. Aufl., BGB, Rdn. 246 vor Art. 7 EGBGB.

6 abgedruckt in IPrax 1981, S. 67 ff; kritische Anmerkungen von Firsching, IPrax 1981, S. 37ff.

charakteristische Leistung' erbringen muß oder wo sie ihren Verwaltungssitz hat. Erfolgt der Vertragsabschluß in Ausübung einer beruflichen Aktivität, wird auf den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes, die Hauptniederlassung oder die Niederlassung verwiesen, durch die die Leistung erbracht werden muß. Art. 10 Abs. 2 bestimmt, daß an den Erfüllungsort anzuknüpfen ist, soweit es sich um die Erfüllungsmodalitäten einschließlich der vom Gläubiger bei Nichterfüllung zu ergreifenden Maßnahmen handelt.

Gemäß Art. 29 des Übereinkommens tritt es am ersten Tag des dritten Monats in Kraft, der auf die Hinterlegung der siebten Urkunde über die Ratifizierung, Annahme oder Zustimmung folgt, beziehungsweise für jeden Unterzeichnerstaat, der später ratifiziert, annimmt oder zustimmt, am ersten Tag des dritten Monats, der auf die Hinterlegung seiner Urkunde über die Ratifizierung, Annahme oder Zustimmung folgt.

Die Bundesrepublik Deutschland hat dieses Übereinkommen bisher nicht ratifiziert¹.

2. Gerichtsstandsklausel

Neben der Frage des auf den Patronatsvertrag anwendbaren Rechts ist auch von großem Interesse, ob ein Rechtsstreit aus dem Patronatsvertrag vor einem deutschen oder vor einem ausländischen Gericht anhängig zu machen ist.

Dies ergibt sich daraus, daß die Vereinbarung der Gültigkeit eines bestimmten Rechtes noch nicht die automatische Folge hat, daß ein Gericht des Staates in einem Streitfall zu entscheiden hat, dessen materielles Recht auf den

¹ vgl. zur Problematik der Ratifizierung, Firsching, S. 43.

Patronatsvertrag angewendet werden soll¹.

Es empfiehlt sich daher eine ausdrückliche Vereinbarung des Gerichtsstandes².

Jede internationale Gerichtsstandsvereinbarung besteht aus einer Derogation - die Abdingung der an sich gegebenen Zuständigkeit der Gerichte eines Staates - und der Prorogation - die Vereinbarung einer an sich nicht gegebenen Zuständigkeit eines anderen Staates -. Die Zulässigkeit der Derogation deutscher internationaler Zuständigkeit ist allgemein anerkannt³.

Jedoch ist eine Derogation in manchen Ländern nicht oder nur beschränkt möglich⁴. Die Möglichkeit der Prorogation internationaler Zuständigkeit folgt seit der Novellierung des § 38 ZPO unmittelbar aus § 38 II ZPO. Eine Prorogation ist danach zulässig, wenn mindestens eine der Vertragsparteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat. Ausländische Rechtsordnungen lassen eine Prorogation auf ihre Gerichte regelmäßig ebenfalls zu, selbst dann, wenn sie eine Abdingung ihrer internationalen Zuständigkeit verwehren⁵.

Eine Ergänzung hierzu bildet Art. 17 Abs. 1 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁶. Er lautet:

1 vgl. Rümker, S. 997.

2 vgl. Huber, S. 61; er berichtet davon, daß Gerichtsstandsklauseln regelmäßig weggelassen werden.

3 vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 38 Anm. 4; Zöllner, ZPO, § 38 I 1.

4 vgl. Beispiele bei Schütze, Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen, DB 1974, S. 1418.

5 vgl. Rümker, S. 997; Schütze, S. 1418 mit Beispielen.

6 Übereinkommen v. 27.9.1968, am 1.2.1973 in Kraft getreten für die 6 "alten" EWG-Staaten, abgedruckt bei: Bülow/Böckstiegel, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, B I 1a, 600-26; zu beachten ist, daß Art. 17, Abs. 2 Einschränkungen für besondere, hier nicht interessierende Fälle enthält; Firsching, IPRax 1981, S. 37, weist darauf hin, daß sich dieses Übereinkommen aus deutscher Sicht in der Zwischenzeit als ein überaus bedeutsames und im großen und ganzen auch reibungslos funktionierendes zwischenstaatliches Abkommen bewährt hat.

"Haben die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, durch eine schriftliche oder durch eine mündliche, schriftlich bestätigte Vereinbarung bestimmt, daß ein Gericht oder die Gerichte eines Vertragsstaates über eine bereits entstandene oder über eine zukünftige, aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates ausschließlich zuständig".

Die Bedeutung des Übereinkommens ergibt sich aus seinem Art. 28 Abs. 3. Danach darf die Zuständigkeit der Gerichte des Urteilstaates im Anerkennungsverfahren nicht mehr nachgeprüft werden. Anders verhält es sich bei den zweiseitigen Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen, die mit zahlreichen Staaten abgeschlossen wurden, da diese nur bestimmen, daß im Rahmen der Anerkennung eines ausländischen Urteils der Anerkennungsstaat eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung, aufgrund derer das Urteilsgeschicht seine Zuständigkeit angenommen hat, als zuständigkeitsbegründend anerkennen muß. Die Verträge regeln aber nicht, unter welchen Voraussetzungen eine Gerichtsstandsvereinbarung zustande kommt und ob sie die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründen kann¹.

Nach Art. 26 des Übereinkommens werden die in einem Vertragsstaat ergangenen Entscheidungen in den anderen Vertragsstaaten anerkannt, ohne daß es dafür eines besonderen Verfahrens bedarf. Gemäß Art. 27 Nr. 1 wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des Staates, in dem sie geltend gemacht wird, widersprechen würde. Die Überprüfung des ordre public ist damit im Anerkennungsverfahren eingeschränkt, da nur noch ein Verstoß der Anerkennung zu prüfen ist, nicht ein Verstoß der Entscheidung. Auch das Vollstreckungsverfahren ist durch das Übereinkommen wesentlich vereinfacht. Gemäß Art. 31 werden die in einem Vertragsstaat ergangenen Entscheidungen,

1 vgl. Schütze, DB 1974, S. 1420/1421

die in diesem Staat vollstreckbar sind, in einem anderen Vertragsstaat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag eines Berechtigten mit der Vollstreckungsklausel versehen sind. Nach Art. 34 Abs. 3 darf die ausländische Entscheidung dabei keinesfalls auf ihre Gesetzmäßigkeit nachgeprüft werden.

In den oben erwähnten zweiseitigen Anerkennungs- und Vollstreckungsverträgen ist dagegen überwiegend ein kontradiktorischer Zivilprozeß nötig (vgl. § 722 ZPO)¹. Nachzutragen bleibt noch, daß mangels einer Vereinbarung nach Art. 5 des Übereinkommens der Erfüllungsort als Anknüpfung für den Gerichtsstand dient.

Sollte eine Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel zu vereinbaren sein, so sind für den Fall, daß die Muttergesellschaft ihren Sitz in einem Vertragsstaat des oben genannten Übereinkommens hat, die aufgezählten Vorteile des Übereinkommen zu beachten. In diesem Fall scheint es angebracht, die Geltung deutschen Rechts und eines deutschen Gerichtsstandes zu vereinbaren.

In anderen Fällen kann es aber im Interesse einer beschleunigten Rechtsverfolgung und Vollstreckung vorteilhafter sein, die Geltung ausländischen Rechts sowie eines ausländischen Gerichtsstandes zu vereinbaren^{2/3}.

1 vgl. Schütze, Anerkennung und Vollstreckung deutscher Urteile im Ausland, S. 34; auch zu den Begriffen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung, S. 1 ff; siehe auch Schütze, Die Geltendmachung deutscher Urteile im Ausland.

2 so auch Rümker, S. 998; vgl. auch Krumme, Die Besicherung von Krediten deutscher Kreditinstitute, S. 27.

3 Zur Bedeutung des Abkommens von Bretton Woods und des Problemkreises "Devisengenehmigung" wird verwiesen auf Schneider, S. 309; Rümker, S. 998; Gerth, S. 361 und Böhlhoff, S. 289 und 292; vgl. auch oben S. 26 .

VI Zusammenfassung

Patronatserklärungen sind als Angebote zum Abschluß von entsprechenden Patronatsverträgen anzusehen. Sie können wörtlich oder konkludent, an eine Einzelperson oder an die Allgemeinheit, in Form eines kurzfristigen Angebotes oder als Festofferte abgegeben werden.

Die Annahme erfolgt in der Regel gemäß § 151 BGB durch eine **Betätigung** des Annahmewillens des Kreditinstitutes soweit der Annehmende für die Muttergesellschaft individualisiert ist. Trifft dies nicht zu, wird man nicht von einem Verzicht der Muttergesellschaft auf Zugang der Annahmeerklärung ausgehen können, da diese ihren möglichen Haftungsumfang kennen will.

§ 3 Die Patronatserklärung I

Im folgenden soll die Patronatserklärung I auf ihre Tauglichkeit als Kreditsicherungsmittel untersucht werden.

PE I: "Wir werden dafür Sorge tragen, daß unsere Tochtergesellschaft bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredites finanziell so ausgestattet wird, daß sie jederzeit in der Lage ist, ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit zu erfüllen."¹

Diese Patronatserklärung stellt die am häufigsten gebrauchte Erklärungsform dar² und wird vielfach als die klassische Patronatserklärung bezeichnet.³

¹ vgl. Stecher, S. 62; Mosch, S. 199; Gerth, S. 141; Möser, S. 1471; Köhler, S. 1344; Müllhaupt, S. 114; Falter, S. 520; Bodenstein/Eberth, S. 67; Schaffland, S. 1022; LG Frankfurt, AG 1977, S. 321; Müller, S. 28; Huber, S. 59; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; Bordt, S. 288; Schraepfer, S. 215; Geigy-Werthemann, S. 33; Rümker, S. 991; Schütz, S. 425; Obermüller, ZGR 1975, S. 25; Kamprad, S. 327; Jährig/Schuck, S. 301; Lwowski, S. 48; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 212; Stellungnahme IdW, S. 1925; Vallenthin, S. 143; Bergström/Schultz/Käser, S. 53; Winden, S. 1080; Käser, S. 613; Hachenburg/Barz, Rdn 50 im Anhang 2 zu § 13 GmbHG; Brink, S. 92; Bodenstein/Jahn, S. 97; Nielsen, S. 184; Sperl, S. 736; Altenburger, S. 54; Schneider, S. 305; Scholz/Lwowski, S. 358; v. Westphalen, S. 203.

² vgl. Köhler, S. 1339; Stecher, S. 13; Nielsen, S. 185.

³ vgl. Stecher, S. 62; Schaffland, S. 1021; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 36; v. Westphalen, S. 201.

I Verpflichtungsgehalt und Rechtsnatur

1. Rechtsgeschäftliche Verpflichtung oder bloße moralische Bemühungsverpflichtung

Zunächst ist zu untersuchen, ob in dieser Erklärung überhaupt ein Angebot zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes gemäß § 145 BGB gesehen werden kann. Diesbezügliche Zweifel gründen sich auf den üblichen Wortlaut, daß die Muttergesellschaft verspricht, für die Ausstattung "Sorge zu tragen" oder "zu sorgen"¹.

Schon der Wortlaut dieser Erklärung läßt aber erkennen, daß die Muttergesellschaft damit nicht nur eine unverbindliche Beruhigungserklärung zugunsten der Bank abgeben will². Auch die kreditgeschäftliche Bedeutung der Patronatserklärung

-
- 1 Die grundsätzlich ablehnende Haltung von Winden, S. 1080, der der Ansicht ist, die Patronatserklärung gewähre dem Kreditgeber keinen Rechtsanspruch gegen die die Erklärung abgebende Muttergesellschaft, steht in der Diskussion alleine da. Dabei bleibt im Dunkeln, ob Winden seine Meinung auf einen konkreten Wortlaut stützt, da die Erörterung den genauen Wortlaut der Patronatserklärung nicht enthält. Man mag bedenken, daß es sich um eine Äußerung aus dem Jahre 1967 handelt, mithin um eine der ersten tastenden Äußerungen überhaupt. Mißverständlich ist insoweit Falter, S. 521, der dieser Art Patronatserklärung auch nur good-will-Charakter beimessen will, obwohl er von einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Muttergesellschaft auszugehen scheint.
- 2 vgl. Obermüller, S. 25; Geigy-Werthemann, S. 28 für einen anderen Erklärungstyp; Schraepfer, S. 215 mit einer Testfrage für den Verpflichtungswillen: Waren sich die Kontrahenten darüber klar, daß die Muttergesellschaft den Kredit notfalls selbst bar zurückzuführen hat?; Bordt, S. 289; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; Müller, S. 28 für einen anderen Erklärungstyp; Schaffland, S. 1022; Müllhaupt, S. 114; Mosch, S. 199; Gerth, S. 141; Stecher, S. 63.

spricht eindeutig für einen Rechtsbindungswillen^{1/2}.

Damit ist zunächst klargestellt, daß es sich um eine Erklärung mit rechtsgeschäftlichem Verpflichtungswillen handelt.

2. Hinreichende Bestimmtheit des Erklärungsinhaltes

a) rechtsgeschäftliche Bemühungsverpflichtung
Fraglich ist, ob diese Erklärung lediglich eine rechtsgeschäftliche Bemühungsverpflichtung enthält oder ob darüber hinausgehend eine Pflicht der Muttergesellschaft zu Leistungen statuiert ist, und wenn letzteres zutrifft, welchen Inhalt und welchen Umfang diese Pflicht hat.

Läge nur eine Bemühungsverpflichtung vor, so träfe die Muttergesellschaft nicht die Pflicht, nötigenfalls eigene Leistungen an die Tochtergesellschaft zu erbringen. Verpflichtet wäre sie dann nur, sich dafür einzusetzen, daß die Tochtergesellschaft im geforderten Umfang ausgestattet würde. Zwar erfolglose aber sorgfältige Bemühungen würden daher die Muttergesellschaft von ihrer Verpflichtung befreien³.

1 vgl. Gerth, S. 141; die meisten Autoren gehen stillschweigend von einem Rechtsbindungswillen der Muttergesellschaft aus; vgl. im übrigen die Ausführungen im allgemeinen Teil der Arbeit zur Bedeutung der Patronatserklärung in kreditgeschäftlicher Hinsicht, und BGHZ 21, 107.

2 Im übrigen wird auf § 31 IV des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften verwiesen, in dem der Gesetzgeber die Formulierung "dafür zu sorgen" als rechtsverbindlich gebraucht.

3 Zum Begriff des Bemühungsvertrages vgl. Enneccerus/Lehmann, § 34 V und Staudinger/Weber, 11. Aufl., BGB, § 241, Rdn. 33.

Ansatz für eine eventuelle Beschränkung der Verpflichtung der Muttergesellschaft auf eine rechtsgeschäftliche Bemühungsverpflichtung ist ein Urteil des Oberlandesgerichtes Celle¹, in dem ausgeführt wird, eine Vertragsklausel, mit der ein Gastwirt versprach, er werde "dafür sorgen, daß sein Nachfolger in den bestehenden (Automaten-aufstellungs)vertrag eintritt...", könne lediglich als nebenvertragliche Bemühungsverpflichtung angesehen werden. Danach sei der Gastwirt nur verpflichtet, alles in seinen Kräften liegende zu tun, um eine Fortsetzung seines Vertragsverhältnisses durch seinen Nachfolger zu erreichen, ohne daß er insoweit eine besondere Garantieverpflichtung übernommen hätte, seinen Vertragspartner schadlos zu halten, falls es ihm nicht gelingen würde, den Nachfolger zur Weiterführung des Vertragsverhältnisses zu bewegen.

Die Fallgestaltung im ausgeurteilten Sachverhalt ist jedoch von den Lebensbeziehungen, die der Patronatserklärung zugrundeliegen, so verschieden, daß eine Übertragung der Grundsätze auf die Patronatserklärung nicht möglich ist². Dies ergibt sich aus der andersartigen Konstellation der Beteiligten und dem daraus resultierenden unterschiedlichen Risiko.

Während es bei dem ausgeurteilten Sachverhalt um das kaum überschaubare Risiko ging, einen noch unbekannten Dritten zum Eintritt in einen konditionsmäßig feststehenden Vertrag zu bewegen, ist das Risiko, das die Muttergesellschaft eingeht, im wesentlichen überschaubar - soweit man

1 vgl. OLG Celle, NJW 1967, 1425 f.
2 vgl. Mosch, S. 200; Rümker, S. 992.

das allgemeine Unternehmensrisiko außer Betracht läßt. Der Muttergesellschaft sind die betriebswirtschaftlichen Kennziffern bekannt, sie kennt daher die Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft sehr genau und kann im übrigen durch den Konzern- oder Abhängigkeitssachverhalt auf diese Leistungsfähigkeit auch Einfluß nehmen.

Zudem würde eine rechtsgeschäftliche Bemühungsverpflichtung genausowenig wie eine moralische Beruhigungserklärung den Interessen der Vertragsparteien gerecht, wenn man bedenkt, welche wirtschaftliche Bedeutung die Erklärung hat und welche Interessengegensätze dadurch ausgeglichen werden sollen¹.

Die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Bemühungspflicht scheidet daher aus, da es der Bank im wesentlichen auf eine Unterstützung der Tochtergesellschaft durch Leistungen der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft ankommt und die Muttergesellschaft hiervon auch ausgeht^{2/3}.

1 so auch schon Reh binder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, S. 303, für die Erklärung der Muttergesellschaft, sie werde für Erfüllung sorgen.

2 vgl. Mosch, S. 201; Bordt, S. 289; Obermüller, S. 25; Stecher, S. 63; wohl auch Rümker, S. 992, der vorschlägt, bei der Abfassung der Erklärung einen Wortlaut auszuwählen, der den Verpflichtungsgehalt außerhalb jeder Diskussion stellt; dieses erscheint zwischenzeitlich überholt, da außer den eingangs in dieser Fußnote zitierten auch die Autoren Gerth, Sperl, v. Westphalen, Möser, Lwowski, Köhler, Jährig/Schuck, Schaffland, Scholz/Lwowski, Müller, Stellungnahme IdW, Erläuterungen IdW, Fischer/Schaffland, Vallenthin, Geigy-Werthemann, Schütz und Kamprad (Fundstellen vgl. FN 1 auf Seite 76), die von dem gleichen Wortlaut ausgehen, inzident eine Bemühungsverpflichtung ablehnen; anderer Ansicht ist allenfalls Winden, der jegliche rechtsgeschäftliche Verpflichtung ablehnt, wobei offen bleibt, auf welchen Wortlaut er sich bezieht, vgl. oben S.77 FN 1.

3 vgl. auch S. 9 ff der Arbeit.

Die ursprünglichen Beweggründe für die erörterte Wortwahl "Sorge zu tragen" oder "zu sorgen" und damit die Gründe, nicht expressis verbis zu erklären, man verpflichte sich, sind wohl in der bereits erwähnten Kalkulation mit der Rechtsunsicherheit zu suchen¹.

Soweit bei der Formulierung Bekräftigungen wie "Wir übernehmen hiermit die uneingeschränkte Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, daß ..." ², "Wir verpflichten uns, dafür zu sorgen, daß ..." ³ oder so ähnlich ⁴ verwendet werden, sind diese an sich überflüssig. Gegenüber der oben erwähnten Kalkulation mit der Rechtsunsicherheit kommt ihnen nur eine Klarstellungsfunktion zu⁵.

Damit steht fest, daß die Patronatserklärung I eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung enthält, deren Inhalt über eine Bemühungspflicht hinausgeht. Im folgenden muß untersucht werden, welchen Inhalt und welchen Umfang diese Verpflichtung besitzt.

Bei der Ermittlung des objektiven Erklärungsstatbestandes durch Auslegung wird an die allgemeinen Erörterungen zur Auslegung von Patronatserklärungen angeknüpft⁶. Die dabei getroffene generelle Unter-

1 vgl. oben, S. 22f.

2 vgl. Mosch, S. 216; Bordt, S. 289 FN 30a; Erläuterungen IdW, S. 212; Stellungnahme IdW, S. 1925; Jährg/Schuck, S. 301.

3 vgl. Bordt, S. 289 FN 30b; Erläuterungen IdW, S. 212; Stellungnahme IdW, S. 1925; Iwowski, S. 49; Nielsen, S. 185; Möser, S. 1471; Kamprad, S. 327.

4 vgl. Köhler, S. 1339; gebräuchlich ist auch die schlichte Formulierung "Wir verpflichten uns, ... auszustatten..." vgl. Müllhaupt, S. 114.

5 vgl. Mosch, S. 216; Stecher, S. 64.

6 vgl. oben S. 40 ff und S. 50.

scheidung in Patronatserklärung als Individualabrede und Patronatserklärung als Angebot an die Allgemeinheit soll auch hier beibehalten werden¹.

Daher wird zunächst eine Auslegung der Patronatserklärung als Individualabrede vorgenommen.

b) Auslegung der Patronatserklärung als Individualabrede
Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Nach allgemeiner Ansicht bleibt aber bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen der rein innere Wille im Interesse des Verkehrsschutzes unbeachtlich, eine Ermittlung dieses inneren, nicht erklärten Willens kommt nicht in Betracht². Ansatzpunkt für eine Auslegung ist vielmehr der erklärte Wille, also das, was für den Erklärungsadressaten erkennbar ist³. Ausschlaggebend ist mithin der vom Empfängerhorizont her zu beurteilende objektive Erklärungswert⁴. Angeknüpft werden muß daran, wie ein verständiger Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen durfte und mußte⁵.

Die Frage nach dem Verpflichtungsgehalt der Patronatserklärung I beurteilt sich somit in Bezug auf den Geschäftswillen der Muttergesellschaft vom Standpunkt der Bank als sorgfältiger Erklärungsadressatin aus.

1 zu den unterschiedlichen Auslegungskriterien vgl. oben S.40ff und S. 50

2 vgl. RGZ 67, 433; RGZ 131, 350; BGHZ 47, 78; BGH WM 1974, 623.

3 vgl. Larenz, AT, § 25 II a.

4 vgl. BGHZ 36, 33.

5 vgl. RGZ 91, 426.

Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung selbst auszugehen, denn keineswegs darf bei Anwendung der oben ausgeführten Betrachtungsweise vom Wortlaut völlig abgesehen werden¹.

Eine besondere Bedeutung muß dem Wortlaut einer Erklärung insbesondere dann zugemessen werden, wenn sie von geschäftserfahrenen Vollkaufleuten² abgegeben und empfangen wird, die -im Verhältnis Muttergesellschaft-Bank üblich- zudem noch juristisch beraten werden, und es sich um wirtschaftlich bedeutende Geschäfte handelt -im Verhältnis Muttergesellschaft-Bank ebenfalls typisch³. Dies kann im allgemeinen daraus gefolgert werden, daß die Vertragspartner angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung und der damit zusammenhängenden Risiken den Wortlaut der Erklärung genauestens ausgewählt haben.

Nachdem bereits geklärt worden ist, daß die Wortwahl "dafür Sorge tragen" nicht im Sinne einer bloßen rechtsgeschäftlichen Bemühungsverpflichtung interpretiert werden kann, ergibt die Auslegung des restlichen Wortlautes der Erklärung zunächst, daß die Muttergesellschaft sich verpflichtet, in gewissen zeitlichen Grenzen eine bestimmte finanzielle Ausstattung der Tochtergesellschaft herbeizuführen, wobei die einzelnen Modalitäten dieser Verpflichtung zunächst außer acht gelassen werden sollen.

1 vgl. BGH LM Nr. 7 zu § 133 (B) BGB; BGH WM 1965, 627.

2 vgl. § 1 KWG und § 6 HGB.

3 vgl. Flume, § 21 9c (428, 429); BGH WM 1970, 159; BGH WM 1975, 348.

Die Annahme einer solchen Ausstattungsverpflichtung entspricht der absolut herrschenden Meinung¹.

Ein solches Übergewicht des Wortlautes beziehungsweise der wörtlichen Bedeutung bei geschäftserfahrenen Vertragspartnern kann aber nur dann gelten, wenn der Wortlaut besonders klar oder sogar eindeutig gewählt ist, insbesondere wenn er an gesetzlich normierte Vertragsformen anknüpft².

Eine gewisse Unklarheit ergibt sich bei der Patronatserklärung I, die nicht an eine gesetzlich normierte Vertragsform anknüpft, daraus, daß der Wortlaut, für die finanzielle Ausstattung Sorge zu tragen, nicht nur kein Minus gegenüber einer Ausstattungsverpflichtung (als Bemühungsverpflichtung) bedeuten könnte, sondern sogar ein Plus.

-
- 1 vgl. Stecher, S. 82; Gerth, S. 141; Mosch, S. 203; Sperl, S. 736; Möser, S. 1471; Jählig/Schuck, S. 301; v. Westphalen, S. 203; Schneider, S. 305; Schraepfer, S. 216; Obermüller, S. 27; Müllhaupt, S. 114; Falter, S. 521; Schaffland, S. 1022; Altenburger, S. 54; Brink, S. 92; Stellungnahme IdW, S. 1922; Erläuterungen IdW, S. 212; Entwurf IdW, S. 120; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; Bordt, S. 289; Vallenthin, S. 143; Rümker, S. 991; Schütz, S. 425; Kamprad, S. 327; neben den vorstehenden Autoren, die eine entsprechende Verpflichtung ausdrücklich erwähnen, auch: Bodenstein/Jahn, S. 98; Lwowski, S. 48; Hachenburg/Barz, Rdn. 50 im Anhang 2 zu § 13 GmbHG; undeutlich Huber, S. 59/60; diese Autoren gehen konkludent von dieser Verpflichtung aus; die abweichende Ansicht Windens, der einen Rechtsanspruch generell ablehnt, ist bereits oben, S. 77, in FN 1 diskutiert; Geigy-Werthemann kommt zu einer Ausstattungsverpflichtung über Rechtsscheinhaftung, S. 33 mit FN 38; im Bereich der Haftung aus Willenserklärung lehnt sie eine Ausstattungsverpflichtung konkludent ab, S. 37; nicht angenommen wird eine solche Verpflichtung auch von Müller, S. 28; Köhler, S. 1346.
- 2 vgl. BGH LM Nr. 7 zu § 133 (B) BGB und BGH WM 1970, 159.

Wie bereits erörtert, ist es bei Patronatserklärungen häufig, wenn nicht sogar in der Regel gerade so, daß eine Absicht beider Vertragsparteien, durch eine bestimmte Wortwahl eine übereinstimmende eindeutige Regelung zu treffen, nicht angenommen werden kann. Vielmehr wird häufig eine bewußt unklare Formulierung oder mehrdeutige Wortwahl getroffen, was man mit dem Schlagwort "Kalkulation mit der Unsicherheit über die juristische Tragweite" bezeichnen kann¹.

Damit zusammenhängend werden oft auch unterschiedliche Erwartungen an den Sicherheitscharakter der jeweiligen Patronatserklärung geknüpft.

Bei der Auslegung von Patronatserklärungen sind daher neben dem Wortlaut auch außerhalb der Erklärung liegende Umstände als Indiztatsachen heranzuziehen². Insbesondere ist die Interessenlage und die Willensrichtung beider Parteien zu berücksichtigen³, wobei alles einzubeziehen ist, was bei der Erklärung für den Erklärungsadressaten in Erscheinung getreten ist⁴. Damit soll der hinter der Erklärung stehende Sinn und Zweck der Regelung in die Auslegung mit einfließen⁵.

Die Interessenlage der Vertragsparteien läßt sich generalisierend so formulieren, daß die Muttergesellschaft sich möglichst wenig rechtlich binden will, wobei insbesondere die Problematik eines Bilanzvermerkes eine wichtige Rolle spielen kann, und das Kreditinstitut eine möglichst weitreichende Kredit-sicherheit erstrebt⁶.

1 vgl. oben, S. 22 .

2 vgl. Geigy-Werthemann, S. 28; Stellungnahme IdW, S. 1921.

3 vgl. Köhler, S. 1342; Lehmann/Hübner, AT, § 30 VI 4d (215).

4 vgl. Larenz, AT, § 25 II b; Flume, § 16 3c.

5 vgl. RGZ 79, 434; RGZ 88, 412; BGHZ 20, 109.

6 vgl. oben, S. 9 ff.

Die Willensrichtung der Parteien ergibt sich zumeist aus den Umständen, die zu der konkreten Erklärung führten. Insbesondere die Vorverhandlungen und die dabei auftretende Alternativendiskussion sind als Indizien heranzuziehen¹. Wie Köhler richtig feststellt, ist die letztlich gewählte oder durchgesetzte Formulierung vor dem Hintergrund der diskutierten Alternativen zu sehen².

Bei einer dergestalt vorzunehmenden erläuternden Auslegung darf vor allem nicht aus den Augen verloren werden, daß in der Regel auf beiden Seiten erfahrene und beratende Geschäftsleute stehen, bei denen nicht angenommen werden kann, sie würden Erklärungen abgeben oder in Empfang nehmen, von denen sie wissen oder in Kauf nehmen, daß sie als Kreditsicherheit irrelevant und wirkungslos sind³. Daher ist bei mehreren denkbaren Auslegungsmöglichkeiten der Variante der Vorzug zu geben, die unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen sachgerecht und praktikabel ist⁴.

Auszugehen ist davon, daß die Muttergesellschaft eine typische Garantie im Rechtssinne eines Garantievertrages, wie er von der Rechtslehre als nicht kodifizierter Vertragstyp herausgearbeitet worden ist, nicht abgeben will, wofür allein schon die Motivationslage, einen Bilanzvermerk vermeiden zu wollen, spricht. Weiterhin steht in der Regel fest, daß das Kreditinstitut den Kredit nicht blanco herauslegen will, sondern nur gegen Stellung einer verwertbaren Sicherheit.

1 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1921; Geigy-Werthemann, S. 28; Stecher, S. 23.

2 vgl. Köhler, S. 1342.

3 vgl. Geigy-Werthemann, S. 37.

4 vgl. Köhler, S. 1345.

Die bereits durch Auslegung des Wortlautes erreichte Statuierung einer Ausstattungsverpflichtung bedeutet jedoch allein noch keine praktikable Kreditbesicherung, da die Verwertbarkeit, ein entscheidendes Kriterium für eine Kreditsicherheit¹, auf zahlreiche Hindernisse stößt.

So ist der Erfüllungsanspruch, der auf Zuführung geeigneter Ausstattungsmittel gerichtet ist, wohl nicht einklagbar. Soweit von Autoren eine gerichtliche Realisierbarkeit angenommen wird, ist fraglich, ob die Gerichte diesen schwankenden Pfaden Folge leisten würden. Darauf wird im folgenden Abschnitt der Arbeit noch näher einzugehen sein.

Aber auch der Schadensersatzanspruch, der sich aus einer Nichterfüllung der Ausstattungsverpflichtung ergibt, ist von nur zweifelhaftem Wert, da der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit sehr spät anzusetzen ist. Köhler² ist zu Recht der herrschenden Meinung entgegengetreten, die Unmöglichkeit bereits mit Eröffnung

1 Auf S. 10 der Arbeit, FN 7, ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Banken wegen der oft schwierigen und vor allem zeitraubenden Verwertung von Grundpfandrechten an Realsicherheiten als Kreditbesicherung ein deutlich nachlassendes Interesse zeigen.

2 vgl. Köhler, S. 1345; dem ist Schröder, S. 561, beigetreten; er begegnet den Schwierigkeiten im übrigen mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer treuhänderischen Ausstattung.

des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens annimmt¹. Der herrschenden Meinung ist lediglich insoweit zuzustimmen, daß die Zuführung geeigneter Ausstattungsmittel an eine Tochtergesellschaft, die sich im Konkurs- oder Vergleichsverfahren befindet, wirtschaftlich in der Regel ein sinnloses Unterfangen ist (zumal in der Konzernzentrale dann schon über das Los der Tochtergesellschaft entschieden sein dürfte, denn ansonsten hätte man rechtzeitig Stützungsmaßnahmen einleiten können).

1 vgl. Gerth, S. 160; Mosch, S. 214; Müllhaupt, S. 115; Sperl, S. 736; Schaffland, S. 1023; konkludent Huber, S. 62; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Obermüller, S. 28; Rümker, S. 991; insbesondere auch Stecher, S. 167, der zur Begründung ausführt: "Der Eintritt der konkursrechtlichen Verfügungsbeschränkung markiert eine Schwelle, jenseits derer der Patron (= die Muttergesellschaft, Anm. d. Verf.) an sich zwar den Liquiditätsmangel des Prot. (=die Tochtergesellschaft, Anm. d. Verf.) beheben könnte, jedoch der Prot. rechtlich nicht in der Lage ist, seine Kreditverbindlichkeiten zu erfüllen". Stecher selbst ist also der Überzeugung, daß der Liquiditätsmangel an sich noch behoben werden könnte. Er stellt dann nur darauf ab, daß die Tochtergesellschaft rechtlich gehindert ist, zu erfüllen. Dieses vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die Verfügungsbeschränkung des § 6 KO ist Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens. Gemäß §§ 102 I, 207 I AktG, 63 I GmbHG ist Konkursgrund grundsätzlich die Zahlungsunfähigkeit, bei der Aktiengesellschaft und GmbH zusätzlich auch die Überschuldung der Tochtergesellschaft. Mit Wegfall des Konkursgrundes entfällt aber auch der Anstoß für den Konkurs und die Berechtigung des Konkursverfahrens, es ist daher einzustellen. Die Muttergesellschaft kann also durch geeignete Ausstattung Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit bei der Tochter beseitigen und damit wäre die Tochtergesellschaft auch wieder rechtlich in der Lage, die Kreditverbindlichkeiten zu erfüllen. Unmöglichkeit liegt damit aber nicht vor. Vgl. auch Stecher selbst, S. 174f., für den Fall, daß der Schuldner = die Tochtergesellschaft den Vergleichsantrag vor dem gerichtlichen Eröffnungsbeschluß zurücknimmt; siehe auch Seiler, S. 37, die neben dem Schadenersatzanspruch einen Anspruch auf Sicherheitsleistung annimmt (S. 49).

daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß auch eine rechtliche Unmöglichkeit gegeben ist¹. Unmöglichkeit tritt dagegen erst ein, wenn die Tochtergesellschaft aufgehört hat, als eigene Rechtspersönlichkeit zu existieren. Dies ist jedoch noch nicht durch die Auflösung der Gesellschaft, wie sie durch Eröffnung des Konkursverfahrens bewirkt wird², geschehen, sondern erst mit abgeschlossener Liquidation³. Der Zeitpunkt des Erlöschens der Rechtspersönlichkeit der Tochtergesellschaft hängt aber von vielen Faktoren ab und ist daher ungewiß⁴.

Die Annahme einer Ausstattungsverpflichtung führt daher nicht zu praktikablen Ergebnissen und wird dem Charakter der Patronatserklärung I als Kreditsicherheit nicht gerecht.

Dabei wird vielmehr einseitig das Interesse der Muttergesellschaft an einer möglichst wenig weitreichenden Besicherung betont, wohingegen das Kreditinstitut den Kredit entgegen seiner Absicht eben doch nahezu blanco herauslegen würde (wenn man von der in ungewisser Zukunft stattfindenden Realisierung des Schadensersatzanspruches unter dem Aspekt einer verwertbaren Kreditsicherheit absieht). Dies entspricht

1 Von der Frage der Unmöglichkeit ist die der Unzumutbarkeit zu trennen. Auf Unzumutbarkeit kann sich die Muttergesellschaft aber deshalb nicht berufen, weil sie jederzeit die Möglichkeit hat, durch unmittelbare Zahlung an das Kreditinstitut (hierzu Näheres unten S. 171ff. der Arbeit) die Ausstattungsverpflichtung gegenstandslos zu machen; vgl. Köhler, S. 1345; auch Schraepfer, S. 216, der in anderem Zusammenhang ausführt, die Muttergesellschaft dürfe sich nicht auf Unzumutbarkeit berufen, "weil auch das äußerste Opfer vertragstypisch ist".

2 vgl. § 262 I Nr. 3 AktG, § 60 I Nr. 4 GmbHG, § 131 Nr. 3 HGB und §§ 161 II i.V.m. 131 Nr. 3 HGB.

3 vgl. §§ 264 ff AktG, insbesondere § 274 AktG, und §§ 65 ff GmbHG; Lehmann/Dietz, Gesellschaftsrecht, § 46 A III.

4 vgl. Köhler, S. 1346.

nicht den Sicherungsinteressen des Kreditinstitutes, zumal wenn man bedenkt, daß, wegen des ungewissen Zeitpunktes des Erlöschens der Rechtspersönlichkeit der Tochtergesellschaft, in diesem Zeitraum sich auch die Bonität der Muttergesellschaft verschlechtert haben könnte. Es ist daher keineswegs anzunehmen, daß dieses Auslegungsergebnis, Ausstattungsverpflichtung, von dem Kreditinstitut gewollt ist¹.

Bei der Alternativendiskussion hat das Kreditinstitut in der Regel zum Ausdruck gebracht, daß ihm an einer wirkungsvollen und praktikablen Kreditbesicherung gelegen ist. Wenn es schon keine Garantie im Rechtsinn mit typischem Inhalt oder eine Bürgschaft erhalten kann, so kommt es ihm in jedem Fall auf eine wie auch immer geartete Haftungsübernahme durch die Muttergesellschaft an.

Die Muttergesellschaft weiß dies; daß die Auslegung als Ausstattungsverpflichtung ihrer Absicht entspricht, kann daher auch nicht angenommen werden, denn wegen des ungewissen Zeitpunktes müßte sie ihre Einstandspflicht nicht weiter ernst nehmen².

Wenn die Muttergesellschaft bei Bedenken des Kreditinstitutes bezüglich des Abschlusses eines Kreditvertrages mit der Tochtergesellschaft eine derartige Erklärung abgibt, um das Kreditinstitut zum Abschluß zu bewegen, so kann und darf das Kreditinstitut die Erklärung als Ausdruck des Willens auffassen, notfalls mittelbar oder unmittelbar für die Schuld der Tochtergesellschaft einzustehen³. Gleiches muß gelten, wenn die Patronatserklärung abgegeben wird, um das Kreditinstitut von Maßnahmen gegen die Tochtergesellschaft während der Laufzeit eines Kredites abzuhalten.

1 vgl. Köhler, S. 1346.

2 vgl. Köhler, S. 1346.

3 vgl. Rehbinders, S. 330 mit dieser Wertung für einen anderen Wortlaut einer Erklärung; Geigy-Werthemann, S. 37.

Sinn der Patronatserklärung I kann daher nur die Sicherstellung der Liquidität der Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Fälligkeit der Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag sein; auf diesen Erfolg kommt es dem Kreditinstitut, von der Muttergesellschaft erkennbar, an¹.

1 vgl. Köhler, S. 1346; Schraepfer, S. 216; Müller, S. 28; Altenburger, S. 57, die Muttergesellschaft habe dafür einzustehen, daß die Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredites solvent ist; aber auch die folgenden Autoren, die im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht einer Haftungsübernahme als "herrschende Meinung" nur eine Ausstattungsverpflichtung annehmen: Rümker, S. 991, mit der Ansicht, ein bestimmter Erfolg - zukünftige finanzielle Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft - werde gewährleistet; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37 und 38, die Muttergesellschaft wolle dafür einstehen, daß die Bank das Darlehen zurückerhalte und dies sei der mit der Patronatserklärung verfolgte Zweck; Entwurf IdW, S. 120 und Stellungnahme IdW, S. 1922, die Muttergesellschaft übernehme die Gewähr für die künftige finanzielle Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft; Brink, S. 92, ein bestimmter Erfolg - zukünftige finanzielle Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft - werde gewährleistet und die Konzernmutter sei bereit, für einen bestimmten Erfolg die Haftung zu übernehmen (wobei der Wortlaut der Ausführungen für das Ergebnis der vorliegenden Arbeit spricht; aber wegen der Qualifizierung als Schadensersatzanspruch gemäß § 280 I BGB und der Fußnote 10 mit Verweisung auf Vallenthin!); Schaffland, S. 1022, die Muttergesellschaft wolle dafür einstehen, daß die Bank das Darlehen zurückerhalte und dies sei der mit der Patronatserklärung verfolgte Zweck; Lwowski, S. 48, nimmt die Gewähr für die zukünftige finanzielle Leistungsfähigkeit der Tochtergesellschaft an und spricht sogar von einer Liquiditätsausstattungs-garantie (mit Verweis auf Rümker und Vallenthin nimmt er gleichwohl (nur) einen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 I BGB an); ebenso Scholz/Lwowski, S. 358; Sperl, S. 736, es werde ein Erfolg, nämlich die ausreichende Liquidität der Tochtergesellschaft garantiert; so auch v. Westphalen, S. 204; Mosch, S. 204, Zweck der Patronatserklärung sei die Gewährleistung der Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft; trotz dieser eindeutigen Formulierungen nehmen diese Autoren jedoch nur eine Ausstattungsverpflichtung an und lehnen damit die Übernahme einer Haftung aus der von ihnen bejahten Gewähr ab.

Für den Eintritt dieses Erfolges hat die Muttergesellschaft einzustehen; daß sie ihn im Wege der erforderlichen Ausstattung auch selbst herbeizuführen hat, ist von der Gewichtung der Verpflichtungen her sekundär. Im Vordergrund steht vielmehr die Übernahme der Haftung für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft¹.

Als Ergebnis der Auslegung der Patronatserklärung I steht damit als Verpflichtungsgehalt folgendes fest:

1. die Muttergesellschaft ist verpflichtet,
die Tochtergesellschaft im erforderlichen
Umfang auszustatten, und
2. übernimmt sie die Haftung dafür, daß die
Tochtergesellschaft bei Fälligkeit der
Kreditverpflichtungen zahlungsfähig ist².

Zu beachten ist, daß dieses durch Auslegung gewonnene Ergebnis selbstverständlich dann nicht gelten kann, wenn die Muttergesellschaft im Laufe der Vorverhandlungen eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, daß eine wie auch immer geartete Haftungsübernahme auf keinen Fall gewollt sei³.

1 vgl. Geigy-Werthemann, S. 37; Altenburger, S. 57; Müller, S. 28 und 29; Köhler, S. 1346; Schraepfer, S. 216; ausdrücklich wird eine Haftung abgelehnt durch: Kamrad, S. 327, wegen andersgerichtetem Parteiwillen; Bordt, S. 289, wegen des Wortlautes und andersgearteter Absichten der Parteien; Müllhaupt, S. 114, ohne Begründung; Jährig/Schuck, S. 301, ohne Begründung; Stecher, S. 73 und 74; Huber, S. 59, führt nur aus, daß eine direkte Garantie nicht vorliegen könne wegen der Vermeidungsabsicht bezüglich des Bilanzvermerkes.

2 Dieser Dualismus wird soweit ersichtlich nur noch von Schraepfer, S. 216, vertreten; vom Wortlaut der Erörterungen her ebenfalls dualistisch, im Ergebnis aber inkonsequent: Sperl, S. 736; Lwowski, S. 48; Brink, S. 92.

3 vgl. auch die Darlegungen zur Ausschlussklausel in einem Patronatsschreiben oben, S. 65ff und Geigy-Werthemann, S. 27, die von hohen Anforderungen an die Prüfungspflicht des Erklärungsempfängers spricht; abzustellen ist letztlich immer auf den Einzelfall, vgl. v. Westphalen, S. 198, sowie Scholz/Lwowski, S. 355.

c) Auslegung der Patronatserklärung als Angebot
an die Allgemeinheit

Das gewonnene Ergebnis der Auslegung der Patronatserklärung I als Individualabrede muß auch bei einer Patronatserklärung I als Angebot an die Allgemeinheit gelten. Denn dieses Ergebnis wird auch erzielt, wenn man den objektiven Inhalt und den typischen Sinn zugrundelegt, wie er von einem durchschnittlichen Erklärungsempfänger verstanden werden konnte. Zudem würden letzte Zweifel, die hier allerdings nicht bestehen¹, durch die Anwendung des Grundsatzes "in dubio contra stipulatorem" beseitigt².

d) *clausula rebus sic stantibus* - Wegfall der
Geschäftsgrundlage

Geigy-Werthemann schränkt die Annahme einer Haftungsübernahme dahingehend ein, ein solcher Wille der Muttergesellschaft könne nur für den Fall bejaht werden, daß die Tochtergesellschaft nicht durch außerhalb einer normalen Geschäftsentwicklung liegende Umstände außerstande gesetzt werde, ihren Kreditverpflichtungen nachzukommen³. Eine solche Einschränkung der Haftung der Muttergesellschaft werde insbesondere im Verhältnis zu ausländischen Tochtergesellschaften angestrebt.

1 Deshalb braucht hier auch nicht auf die von Kronstein, Die abhängige juristische Person, S. 80/81, aufgestellte Auslegungsregel eingegangen zu werden; Kronstein versucht aus dem Konzernverhältnis eine die allgemeinen Auslegungsgrundsätze modifizierende Spezialregel für den Fall abzuleiten, daß die auszulegende Erklärung von einer Muttergesellschaft gegenüber einem Gläubiger der Tochtergesellschaft bezüglich der Bonität der Tochtergesellschaft abgegeben wird; seine These lautet: "Je stärker der Grad der Abhängigkeit und je bekannter ihr Vorhandensein, um so schwächer die Anforderungen, die an die Erklärungen der herrschenden Person zu stellen sind, damit diese als Garantieerklärung anzusehen sind", vgl. auch Stecher, S. 70, FN 1; Mosch, S. 65f; Geigy-Werthemann, S. 28 u. 31, lehnt diese Vermutung als an den Realitäten vorbeigehend ab; vgl. dagegen die Ausführungen von Müller, S. 28 ff.

2 vgl. oben, S. 50.

3 vgl. Geigy-Werthemann, S. 37 u. 38.

Sie nimmt daher eine Haftung nur unter der Voraussetzung gleichbleibender äußerer Umstände, also unter Aufnahme einer *clausula rebus sic stantibus* an. Klarzustellen ist, daß sich ihre Ausführungen auf den schweizerischen Rechtskreis beziehen.

Der Gedanke der *clausula rebus sic stantibus* stellt im geltenden deutschen Recht kein allgemeines Rechtsprinzip dar¹. Das BGB hat diese Lehre, von einigen Einzelausprägungen abgesehen, vom Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 nicht übernommen. Vielmehr hat die Rechtsprechung an die Geschäftsgrundlage als den entscheidenden Gesichtspunkt für die Berücksichtigung veränderter Verhältnisse angeknüpft². Die Voraussetzungen dieses in ständiger Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannten Rechtsinstitutes sind stark umstritten, allgemein festgehalten wird aber an einer strikten Trennung zwischen Geschäftsgrundlage und Vertragsinhalt³. Eine Anpassung gemäß § 242 BGB über das Rechtsinstitut "Wegfall der Geschäftsgrundlage" scheidet daher schon dann aus, wenn bereits der Vertrag nach seinem Inhalt, der gegebenenfalls auch durch ergänzende Vertragsauslegung festzustellen ist, Regelungen für die Veränderung bestimmter Umstände enthält⁴.

Nach Geigy-Werthemann wird (und kann) sich die Muttergesellschaft auf ihre Nichthaftung berufen, wenn bei einer ausländischen Tochtergesellschaft durch eine Veränderung der dortigen Gesetzgebung und damit der Wirtschafts- und Sozialpolitik jenes Staates die Gewinnerzielung wesentlich erschwert wird oder es gar zu einer Nationalisierung kommt⁵.

1 vgl. grundlegend RGZ 50, 257, allgemeine Meinung.

2. Erstmals RGZ 103. 332; vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 242, Anm. 6B.

3 vgl. BGH NJW 53, 1585; VersR 61, 383; WPM 64, 543; Huber, JUS 1972, 57.

4 Vgl. BGH NJW 66, 448; DB 67, 2115; WPM 73, 870.

5 vgl. Geigy-Werthemann, S. 37.

Für die angeführten Beispiele kann dieser Ansicht für den deutschen Rechtskreis nicht gefolgt werden, jedenfalls nicht so generell.

Zumeist wird durch Auslegung ermittelt werden, daß die Haftungsübernahme gerade auch diese Veränderungen abdecken soll, wenn ein Kreditinstitut einer Tochtergesellschaft im Ausland einen Kredit einzuräumen bereit ist. Diese Veränderungen gehören eindeutig zum Risikobereich der Muttergesellschaft und können nicht über das Rechtsinstitut "Wegfall der Geschäftsgrundlage" dem Kreditinstitut aufgebürdet werden.

Abschließend beurteilt werden können diese Veränderungen aber nur im jeweiligen Einzelfall. Soweit es sich um eine Patronatserklärung als Individualabrede handeln würde, müßten insbesondere die Vorverhandlungen als Indizien in die Auslegung mit einbezogen werden¹.

e) versteckter Dissens und geheimer Vorbehalt

Im Anschluß an die Ausführungen zur Anfechtung im allgemeinen Teil der Arbeit und dem dort dargelegten Recht des Kreditinstitutes zur außerordentlichen Kündigung des Darlehensvertrages wegen Wegfalls der Sicherheit², ist anzumerken, daß dieses Kündigungsrecht dem Kreditinstitut auch für den Fall des versteckten Dissenses zugestanden werden muß wie er oben unter d) möglich erscheint. Für das Kreditinstitut interessanter, da zu dem Zeitpunkt der Kündigungsmöglichkeit sich in der Regel die Veränderungen schon wirtschaftlich negativ ausgewirkt haben dürften, ist aber ein Anspruch aus culpa in contrahendo gegen die Muttergesellschaft, da ein Vertrag in der Regel nicht zustandegekommen ist und dies die Muttergesellschaft zu vertreten haben kann. Denn wer Vertragsverhandlungen in die Wege leitet durch

1 So verweist auch Köhler, S. 1346, darauf, daß ganz exzeptionelle Umstände auch im Rahmen einer Haftungsübernahme berücksichtigt werden können, da die Reichweite von Garantieerklärungen nicht von vornherein feststeht, sondern durch Auslegung zu ermitteln ist.

2 vgl. oben, S. 64.

Abgabe eines Angebotes, hat es in der Hand, sich klar und deutlich auszudrücken¹. Ausgeschlossen ist dieser Anspruch aber, wenn, wie meist, der Vertragstext durch Verhandlungen beider Seiten ausgehandelt worden ist.

Ein in Betracht kommender geheimer Vorbehalt der Muttergesellschaft, eine Haftungsübernahme doch nicht zu wollen, sondern den Willen dazu nur vorzuspiegeln, bleibt nach den allgemeinen Regeln unbeachtlich².

3. Rechtsnatur

Nachdem festgestellt worden ist, daß die Patronats-erklärung I eine Ausstattungsverpflichtung und eine Haftungsübernahme statuiert, soll im folgenden erörtert werden, ob sie unter eine der klassischen Kreditsicherheiten subsumiert werden kann oder ob eine einseitig verpflichtende Vertragsform sui generis vorliegt.

a) Schuldübernahme

Eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 BGB scheidet von vornherein aus, da die Tochtergesellschaft weiterhin verpflichtet bleibt und auch bleiben soll im Interesse beider Vertragsparteien³.

b) Schuldbeitritt

Nach den im BGB nicht geregelten Voraussetzungen eines Schuldmitübernahmevertrages (=Schuldbeitritt) müßte sich die Muttergesellschaft als Beitretende

1 vgl. RGZ 104, 267; typischerweise bei Patronats-
erklärungen an die Allgemeinheit.

2 vgl. Geigy-Werthemann, S. 26.

3 vgl. Schaffland, S. 1022, und Fischer/Schaffland,
Heft 2, S. 38.

verpflichtet haben, die Verbindlichkeit der Tochtergesellschaft als eigene Schuld neben der Tochtergesellschaft mitzuübernehmen¹. Die Tochtergesellschaft als Altschuldner und die Muttergesellschaft als Neuschuldner würden dann als nachträgliche Gesamtschuldner haften.

Gegen die Annahme eines Schuldbeitrittes spricht jedoch, daß die Muttergesellschaft durch die Statuierung der Ausstattungsverpflichtung und der Haftungsübernahme zum Ausdruck gebracht hat, daß sie die Fremdschuld nicht als eigene anerkennen will²; sie will vielmehr dafür sorgen, daß die Fremdschuld von der Schuldnerin, der Tochtergesellschaft, erfüllt werden kann und übernimmt hierfür die Haftung.

Dieses ergibt sich zum einen bereits aus dem Wortlaut der Patronatserklärung I, daß die Tochtergesellschaft in die Lage gesetzt werden soll, "ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit zu erfüllen".

Zum anderen besteht zwischen der Patronatserklärung I und einem Schuldbeitritt bezüglich der Leistungsverpflichtungen ein gravierender Unterschied: die Leistungspflicht des Beitretenden wird vom Umfang her begrenzt durch die Höhe der zu sichernden Verbindlichkeit zwischen Altschuldner und Gläubiger³; die Leistungspflicht der Muttergesellschaft aus der Patronatserklärung I kann dagegen ohne weiteres die Höhe der Kreditverbindlichkeit der Tochtergesellschaft übersteigen, da die Ausstattungsverpflichtung der Höhe nach nicht

1 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, Überblick 2a vor § 414.

2 vgl. Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Bordt, S. 289; Müllhaupt, S. 114; ohne Begründung auch Sperl, S. 736.

3 vgl. Larenz, SchuR AT, § 31 II.

begrenzt ist und wegen eventueller Drittgläubiger eine die Kreditschuld übersteigende Ausstattung notwendig sein kann¹.

Außerdem wird der Rahmen der Leistungsverpflichtung durch die Statuierung der Haftungsübernahme ebenfalls über den Kreditschuldbetrag hinausgeschoben.

Ein weiterer Unterschied zwischen der Patronats-erklärung I und einem Schuldbeitritt besteht darin, daß die Leistungsverpflichtungen aus der Patronats-erklärung nicht unabhängig vom Fortbestand der Leistungsverpflichtung der Tochtergesellschaft aus dem Kreditvertrag bestehen. Denn in der Patronatserklärung I wird ausdrücklich eine Verknüpfung der Leistungsverpflichtungen vorgenommen. Dadurch soll das Kreditinstitut (lediglich) die Sicherheit haben, daß die Kreditverbindlichkeiten von der Tochtergesellschaft erfüllt werden können und hierfür übernimmt die Muttergesellschaft auch die Haftung. Nicht aber soll eine Leistungsverpflichtung der Muttergesellschaft auch für den Fall bestehen, daß z. B. der Tochtergesellschaft rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen bezüglich ihrer Kreditverbindlichkeiten zustehen².

Beim Schuldbeitritt berührt dagegen eine spätere Veränderung der Schuld des Altschuldners, abgesehen von den Fällen der §§ 422 - 424 BGB, die Schuld des Beigetretenen im allgemeinen nicht³.

Die Patronatserklärung I stellt daher keinen Schuldbeitritt dar⁴.

1 Darauf wird im Laufe der Arbeit noch näher eingegangen, vgl. unten, S. 140.

2 Auch darauf wird im weiteren noch näher eingegangen, vgl. unten S. 151.

3 Siehe § 425 BGB; vgl. Larenz, SchurAT, § 31 II; RGZ 135, 108; Winden, S. 1076.

4 vgl. Mosch, S. 201 und die oben, S. 97, unter FN 2. genannten Autoren; auch Altenburger, S. 59.

c) Kreditauftrag

Die Muttergesellschaft verfolgt mit der Abgabe der Patronatserklärung I den Zweck, das Kreditinstitut zu einer Kreditherausgabe an die Tochtergesellschaft zu bewegen¹. Ihr Wille ist darauf gerichtet, die vertraglichen Beziehungen zwischen Tochtergesellschaft und Kreditinstitut zu fördern, und um dieses Ziel zu erreichen, verspricht sie dem Kreditinstitut mittelbar die Leistung der Tochtergesellschaft im Wege der Haftungsübernahme für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft.

Sie nimmt damit die Gefahren, die dem Kreditinstitut aus dem Kreditvertrag mit der Tochtergesellschaft aus deren Zahlungsunfähigkeit erwachsen können, auf sich. Diese Zielsetzung hat unter anderem das Rechtsinstitut des Kreditauftrages gemäß § 778 BGB². Geigy-Werthemann hat darauf hingewiesen, daß der Kreditauftrag wegen der Stellung des Auftraggebers ein den Bedürfnissen von Konzernverhältnissen entgegenkommendes Rechtsinstitut darstellt³.

Maßgebend für den Kreditauftrag ist das eigene Interesse des Auftraggebers an der Gewährung des Kredites⁴. Dieses ist bei der Muttergesellschaft als Konzernzentrale ohne weiteres zu bejahen⁵.

1 Dieses stellt die häufigste Fallgestaltung dar. Für den Fall, daß die Muttergesellschaft die PE I abgibt, um das Kreditinstitut von Maßnahmen gegen die Tochtergesellschaft abzuhalten, käme nur eine Analogie zu § 778 BGB in Betracht.

2 vgl. Geigy-Werthemann, S. 29 zu Art. 408 OR (Schweiz), der der in § 778 BGB normierten Regelung entspricht; erwähnt auch bei Huber, S. 65 FN 41.

3 vgl. Geigy-Werthemann, S. 30, wegen gewisser Kontroll- und Einflußnahmemöglichkeiten; sie widerspricht allerdings einer Vermutung für einen Kreditauftrag allein aufgrund eines Konzernverhältnisses und sogar für den Fall, daß die Muttergesellschaft beim Vertragsschluß der Tochtergesellschaft mit dem Kreditinstitut mitgewirkt hat, vgl. S. 31 und 32, falsch zitiert bei Stecher, S. 65 mit FN 4.

4 vgl. BGH, DB 1956, 890; OLG Frankfurt, NJW 1967, 2360.

5 vgl. Altenburger, S. 61.

Jedoch steht fest, daß ein solches Eigeninteresse bei Mitwirkung bei Kreditverhandlungen allein nicht ausreichend ist, um einen Kreditauftrag annehmen zu können¹.

Hinzutreten muß ein echter Auftrag im Sinne des § 662 BGB der Muttergesellschaft an das Kreditinstitut, der Tochtergesellschaft einen Kredit einzuräumen².

Dem Wortlaut nach bezieht sich die Patronatserklärung I auf einen bereits herausgelegten Kredit, was oftmals unterstützt wird durch entsprechende Formulierungen im Bezugspunkt genannten Teil des Patronatsschreibens, wo zum Ausdruck gebracht wird, man habe von der Kreditgewährung Kenntnis genommen und sei mit dieser einverstanden³. Wenn aber der Kredit im Zeitpunkt der Abgabe der Patronatserklärung bereits herausgelegt wäre, könnte ein echter Auftrag nicht mehr angenommen werden⁴. Soweit dies im Einzelfall zutrifft, scheidet die Annahme eines Kreditauftrages daher schon aus diesem Grunde aus.

Häufig wird eine so formulierte Patronatserklärung aber auch dann nach Abschluß der Vorverhandlungen dem Kreditinstitut überreicht, wenn beiden Parteien klar ist, daß diese Patronatserklärung erst eine Voraussetzung für die Herauslegung des Kredites ist, mithin also entgegen dem Wortlaut der Kredit noch nicht eingeräumt worden ist.

Durch diese Formulierung soll offensichtlich betont werden, daß ein Gleichklang zwischen den Interessen der Muttergesellschaft und den Interessen des Kreditinstitutes schon gefunden sei und

1 vgl. BGH, WM 1960, 880; Zeiss, WM 1963, 908.

2 vgl. RGZ 151, 100; Erman/Seiler, BGB, § 778, Rdn. 1.

3 vgl. oben, S.34 und 35 der Arbeit.

4 vgl. Erman/Seiler, BGB, § 778, Rdn. 3.

der Abschluß des Patronatsvertrages lediglich noch eine Formsache darstelle, daß also der Kredit schon so gut wie herausgelegt sei und es nur noch dieses formellen Aktes bedürfe.

So gesehen könnte man in diesen Fällen entgegen dem Wortlaut noch einen echten Auftrag annehmen.

Eine solche Wertung als Kreditauftrag träfe jedoch nicht den Kerngehalt der Patronatserklärung I. Schwerpunkt eines Kreditauftrages ist eine Beauftragung zur Kreditherauslegung an einen Dritten, als dessen Folge dann der § 778 BGB eine Haftung des Auftraggebers als Bürgen ex lege und sekundär statuiert¹. Schwerpunkt der Beziehungen zwischen der Muttergesellschaft und dem Kreditinstitut war aber nicht eine Beauftragung, einen Kredit an die Tochtergesellschaft herauszulegen, sondern die gemeinsame Suche nach einem den beiderseitigen Interessen gerechtwerdenden Sicherungsmittel für einen Kredit, den in der Regel die Tochtergesellschaft selbst beantragt hat². Wie bereits ausgeführt, ging es in den Vorverhandlungen darum, die Patronatserklärung als ein Sicherungsmittel unter verschiedenen Alternativen auszuwählen, es stand also die Sicherungsfrage eindeutig im Vordergrund.

Da mithin die Kreditbesicherung den Schwerpunkt der Beziehungen der Parteien bildet und nicht ein Auftragsverhältnis, kann die Patronatserklärung I nicht als Kreditauftrag gewertet werden³.

1 vgl. Staudinger/Brändl, 11. Aufl., BGB, § 778, Rdn. 1.

2 Altenburger, S. 58, erwähnt die Möglichkeit, daß, wenn die Muttergesellschaft das durch eine Patronatserklärung abgesicherte Kreditgeschäft auch selbst vermittelt hat, in dieser Vermittlung schon ein Kreditauftrag gesehen werden kann.

3 vgl. Stecher, S. 67; konkludent auch Geigy-Werthemann, S. 33, die den Rechtschein einer Garantie der Muttergesellschaft annimmt; Altenburger, S. 59; Seiler, S. 14.

d) Garantie

Unter einem Garantievertrag, der nicht im BGB geregelt ist, versteht man einen selbständigen Vertrag, durch den sich der Garant dem Garantieempfänger gegenüber verpflichtet, ihm für den Eintritt eines bestimmten Erfolges oder die Fortdauer eines bestimmten Zustandes in der Weise einzustehen, daß er ihm im entgegengesetzten Fall Ersatz zu leisten verspricht¹.

Bezieht sich die Einstandspflicht des Garanten darauf, daß ein Dritter dem Garantieempfänger leisten werde, so spricht man von einer Forderungs- oder Leistungsgarantie².

Wie bereits festgestellt worden ist, verspricht die Muttergesellschaft dem Kreditinstitut für die Laufzeit des Kredites die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft (durch eine Ausstattung im erforderlichen Maß) und übernimmt die Haftung für das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit.

Man kann annehmen, daß diese Zahlungsfähigkeit ein bestimmter tatsächlicher Erfolg oder ein bestimmter tatsächlicher Zustand ist, der durch die Patronats-erklärung garantiert werden könnte.

Als Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Garantievertrages könnte auch ein Eigeninteresse der Muttergesellschaft an der Erfüllung der Kreditverbindlichkeit gegeben sein, da die Hauptschuldnerin eine Tochtergesellschaft ist und damit der

1 vgl. Larenz, SchuR BT, § 62 III; Köser, Rabels Z 35, 608; Winden, S. 1076.

2. vgl. Larenz, SchuR BT, § 62 III; Palandt/Thomas, BGB, Einf. v. § 765, Nr. 3c; auch Köser, Rabels Z 35, 606.

Muttergesellschaft wirtschaftlich (und z. T. auch rechtlich) verbunden¹.

Durch die Patronatserklärung I wird auch eine direkte Leistungspflicht der Muttergesellschaft an das Kreditinstitut durch die Haftungsübernahme begründet, so daß man einen Garantievertrag bejahen könnte².

Unerheblich wäre dabei, daß der Patronatsvertrag die Überschrift "Patronatserklärung" trägt und nicht die Bezeichnung "Garantievertrag". Denn die Bezeichnung im Vertrag ist nicht ausschlaggebend, kann aber unter Umständen als Indiz gewertet werden. Es kommt vielmehr auf die rechtliche Würdigung der Patronatserklärung I in ihrer Gesamtheit an³.

1 vgl. Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Schaffland, S. 1023; Altenburger, S. 61; diese Streitfrage soll hier nicht weiter vertieft werden; es muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß es umstritten ist, ob der reine Konzernsachverhalt ein Garantieinteresse begründen kann; ablehnend Rehbinders, S. 302; Gerth, S. 143; für die Indizwirkung des Eigeninteresses vgl. Käser, Rabels Z 35, 610; Winden, S. 1076.

2 Da die in Bezug auf die durch die PE I statuierte Leistungsverpflichtung herrschende Meinung lediglich eine Ausstattungsverpflichtung mit Leistungspflichten zu Leistungen nur an die Tochtergesellschaft annimmt, lehnt sie schon aus diesem Grunde einen Garantievertrag ab, vgl. Obermüller, S. 26; Bordt, S. 289; Müllhaupt, S. 114; Mosch, S. 201; Gerth, S. 143; aber auch Schraepfer, S. 216, der eine Haftungsübernahme wie die hier vertretene Ansicht bejaht, lehnt einen reinen Garantievertrag ab, da die Muttergesellschaft primär an die Tochtergesellschaft und nicht an die Bank zu leisten habe, er spricht daher nur von einer Patronatserklärung mit Garantieeffekt.

3 vgl. Käser, Rabels Z 35, 609.

Wesentliche begriffliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Garantievertrages wäre aber die Selbstständigkeit der Garantieverpflichtung; das heißt, es müßte nach dem Parteiwillen eine eigene von der Hauptschuld unabhängige Risikoverpflichtung durch die Patronatserklärung begründet worden sein¹. Dies ist aber nicht geschehen.

Einerseits ergibt sich das schon aus dem Wortlaut der Patronatserklärung I, in dem auf die Kreditverbindlichkeiten der Tochtergesellschaft ausdrücklich insofern Bezug genommen wird, als die Tochtergesellschaft "in der Lage" sein soll, "ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit" zu erfüllen². Damit ist schon vom Wortlaut her klargestellt, daß die Muttergesellschaft lediglich die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft verspricht, nicht aber deren Zahlungswilligkeit oder sogar den Zahlungseingang³. Während zum Beispiel der Garant unabhängig vom Bestehen der Hauptverpflichtung haftet (wegen der fehlenden Akzessorietät) -mithin auch, wenn eine Hauptverpflichtung nicht entstanden ist- ist das Bestehen einer wirksamen Darlehensverbindlichkeit Voraussetzung für die Wirksamkeit der Patronatsverpflichtung⁴. Denn anderenfalls wäre der Zweck der Patronatserklärung, die Tochtergesellschaft in die Lage zu versetzen, ihre Kreditverbindlichkeiten zu erfüllen, nicht erreichbar.

Andererseits ergibt sich auch aus der Funktionsbestimmung der Patronatserklärung, eine fremde Schuld dadurch zu sichern, daß Zahlungsfähigkeit und die Haftung für deren Vorliegen versprochen werden, daß

1 vgl. RGRK/Mormann, BGB, Anm.6b vor § 765; Soergel/Schmidt, 10.Aufl., BGB, Rdn. 29 vor § 765; Erman/Seiler, BGB, Rdn. 26 vor § 765.

2 vgl. Mosch, S. 202.

3 vgl. Schraeppler, S. 216.

4 vgl. Stecher, S. 72/73.

der Muttergesellschaft alle Einwendungen und Einreden zustehen sollen, die sich aus dem mit der Patronatserklärung gesicherten Grundgeschäft ergeben und die Tochtergesellschaft zur Erfüllungsverweigerung berechtigen¹.

Da damit feststeht, daß das Kreditinstitut die Muttergesellschaft nur dann in Anspruch nehmen kann, wenn die zu Recht bestehende Kreditverbindlichkeit ausschließlich infolge Liquiditätsmängel der Tochtergesellschaft nicht erfüllt wird, besitzt die Patronatserklärung I nicht die für eine Garantieverpflichtung typische Selbständigkeit².

Darüber hinaus ist aber auch der Inhalt der Leistungspflichten der Patronatserklärung I nicht mit dem Inhalt einer garantietyptischen Leistungspflicht identisch.

Dieses folgt zum einen daraus, daß der mit der Patronatserklärung versprochene Erfolg, für den die Haftung übernommen ist, -die Zahlungsfähigkeit-, von der Muttergesellschaft primär auch selbst herbeizuführen ist³. Dagegen muß der aus einer Garantie Verpflichtete nur für einen bestimmten Erfolg einstehen, er hat diesen aber nicht selbst herbeizuführen⁴.

Daneben unterscheiden sich die einzelnen Leistungspflichten aber auch vom Umfang her. Der Umfang der Leistungspflicht aus einer Garantie wird grundsätzlich bestimmt durch den Umfang der Hauptschuld, bei einer Forderungsgarantie also durch den Nennbetrag der Forderung, deren Realisierung garantiert wird⁵.

1 vgl. Schraepler, S. 216; Mosch, S. 202; Stecher, S. 69; Huber, S. 65 FN 41; v. Westphalen, S. 205; Obermüller, S. 27; Altenburger, S. 62; darauf wird im Laufe der Arbeit noch näher eingegangen, siehe unten S.151.

2 vgl. Stecher, S. 73; Mosch, S. 202; Obermüller, S. 26; Altenburger, S. 60 und 63; a.A. Seiler, S. 20.

3 darauf wird im folgenden noch näher eingegangen werden, vgl. unten S. 126.

4 vgl. Larenz, SchuR BT, § 62 III; Münchener Kommentar /Fecher, BGB, Rdn. 3 vor § 765.

5 vgl. Obermüller, S. 26; Gerth, S. 143, FN 2.

Da der Anspruch aus der Garantie auf Schadloshaltung geht, also bei einer Forderungsgarantie auf Ersatz des Schadens, der dem Gläubiger aus der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen Erfüllung seiner Forderung erwächst, bestimmt sich darüber hinaus der Leistungsumfang nach allgemeinem Schadensersatzrecht. Dies ist identisch mit der Leistungsverpflichtung aus der Patronatserklärung durch die Erklärung der Haftungsübernahme, denn insofern deckt sich der Erklärungsinhalt der Patronatserklärung mit dem einer Forderungsgarantie.

Darüber hinaus kann die Leistungspflicht aus der Patronatserklärung jedoch einen wesentlich höheren Umfang annehmen, weil sich die Muttergesellschaft darin auch verpflichtet hat, den Zustand der Zahlungsfähigkeit bei der Tochtergesellschaft (auch selbst) herbeizuführen¹. Dieses bedeutet, daß sich die Muttergesellschaft falls nötig zu mehrfachen unbegrenzten Zahlungen an die Tochtergesellschaft verpflichtet hat, sich insbesondere nicht durch einmalige Zahlung des gesamten Kreditbetrages nebst Zinsen an die Tochtergesellschaft von ihrer Verpflichtung aus der Patronatserklärung befreien kann².

Da somit auch bezüglich der Leistungspflichten keine Identität zwischen einem Garantievertrag und der Patronatserklärung I besteht, scheidet die Annahme

1 Obermüller, S. 26, weist zu recht darauf hin, daß dieser Fall zum Beispiel auch eintritt, wenn andere Gläubiger der Tochtergesellschaft gegen diese die Zwangsvollstreckung betreiben und dabei auch die für die Befriedigung des durch die Patronatserklärung geschützten Kreditgebers bestimmten Gelder pfänden; auch Mosch, S. 201; Schaffland, S. 1023; Möser, S. 1471; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Erläuterungen IdW, S. 212/213; undeutlich auch Gerth, S. 143 in FN 2; im einzelnen wird zum Umfang der Leistungspflicht im folgenden noch Stellung genommen; häufig wird dies Problem in der Diskussion mit dem Stichwort "Weiterleitungsrisiko" gekennzeichnet.

2 vgl. Rümker, S. 991; Mosch, S. 202; v. Westphalen, S. 203.

eines Garantievertrages als Rechtsnatur der Patronatserklärung I ebenfalls aus¹.

e) Bürgschaft

Durch einen Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Der Bürge übernimmt damit nicht die Schuld des Hauptschuldners als eigene, er verpflichtet sich nur dem Gläubiger, ihn wegen seiner Forderung gegen den Hauptschuldner zu befriedigen².

Da die Patronatserklärung I das Kreditinstitut nur vor der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft schützt, nicht aber wie eine typische Garantie vor sämtlichen Risiken, und die Muttergesellschaft daher berechtigt ist, Einwendungen der Tochtergesellschaft geltend zu machen, drängt sich die Vermutung auf, es läge eine Bürgschaft, also ein akzessorisches Entstehen für eine Fremdschuld, vor.

Daß die Muttergesellschaft in der Regel keine Bürgschaft übernehmen will, um einen Bilanzvermerk zu vermeiden, kann dabei keine entscheidende Rolle spielen. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Muttergesellschaft diesen Willen auch objektiv eindeutig für das Kreditinstitut erkennbar erklärt hat.³

Wie bereits klargestellt, kommt der Überschrift "Patronatserklärung" allenfalls eine indizielle Wirkung zu,

1 vgl. Altenburger, S. 63; Stecher, S. 74; Gerth, S. 143; Mosch, S. 203; konkludent Köhler, S. 1346; Schaffland, S. 1023; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Schraepfer, S. 216; Obermüller, S. 26; siehe auch die oben S. 103 unter FN 2 genannten Autoren; a.A. Bordt, S. 289; Brink, S. 92; Lwowski, S. 48; Sperl, S. 736, die einen Garantievertrag annehmen.

2 vgl. Larenz, SchuR BT, § 64 I.

3 vgl. Stecher, S. 67.

auch wenn das Bestreben der Muttergesellschaft dahintersteht, möglichst nicht mit einer typischen Garantie oder Bürgschaft zur Kreditbesicherung zu dienen. Entscheidend ist vielmehr die rechtliche Würdigung der Erklärung in ihrer Gesamtheit.

Übereinstimmend verpflichten die Patronatserklärung I und ein Bürgschaftsvertrag den Schuldner (hier die Muttergesellschaft) zu Leistungen an den Gläubiger (hier das Kreditinstitut), wenn der Hauptschuldner (hier die Tochtergesellschaft) seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann, obwohl er dazu verpflichtet ist¹.

Einem Bürgschaftsvertrag immanent ist, daß er eine Schuldverpflichtung des Bürgen begründet, nicht eine bloße Haftung; die Haftung ist vielmehr Verpflichtungsfolge².

Auf den ersten Blick ist dies auch bei der Patronatserklärung I gegeben: es wird eine Schuldverpflichtung des Patronatsverpflichteten begründet und als Folge dieser Verpflichtung eine Haftung. Auch die Person des Gläubigers ist bei der Patronatsverpflichtung dieselbe wie sie es bei einer Bürgschaftsverpflichtung wäre: Gläubiger der jeweiligen Schuldverpflichtung ist das Kreditinstitut³.

1 Die Autoren, die eine solche primäre Leistungspflicht der Muttergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut ablehnen, negieren bereits aus diesem Grunde das Vorliegen einer Bürgschaft, vgl. Rümker, S. 991; Obermüller, S. 26; Schraepfer, S. 216; Bordin, S. 289; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Entwurf IdW, S. 120; Stellungnahme IdW, S. 1922; Schaffland, S. 1023; Mosch, S. 201; Gerth, S. 142, FN 2; Stecher, S. 68; Müllhaupt, S. 114.

2 vgl. Palandt/Thomas, BGB, Einf. vor § 765, Anm. 1d.

3 Es wird im weiteren noch darauf eingegangen, daß die Tochtergesellschaft nicht Gläubigerin durch einen berechtigenden (echten) Vertrag zugunsten Dritter geworden ist, vgl. Lorenz, SchuR AT, § 11 I; hier nicht weiter zu erörtern ist das Problem, ob es sich dabei um eine Gesamtgläubigerschaft oder um eine besondere Gestaltung einer Forderungsmehrheit, die sich in die in §§ 420 ff BGB geregelten Fälle nicht einfügen läßt, handelt.

Unterschiedlich ist aber, daß bei einer Bürgschaft die Person des Gläubigers, auch die Person des Leistungsempfängers ist, dies jedoch bei der Patronatserklärung I zum Teil nicht gegeben ist. Hier fallen vielmehr Gläubiger und Leistungsempfänger so auseinander: das Kreditinstitut ist zwar Gläubiger, nicht aber Leistungsempfänger was die Leistungspflicht zur Ausstattung betrifft; diesbezügliche Leistungsempfängerin ist die Tochtergesellschaft. Dagegen liegt bei der Haftungsübernahme ein Zusammenfallen von Gläubiger und Leistungsempfänger vor; die Leistungspflicht auf Schadloshaltung beziehungsweise darauf, das Interesse zu ersetzen, besteht gegenüber dem Kreditinstitut als Leistungsempfänger.

Eine solche gespaltene Konstruktion ist bei einer Bürgschaft nicht vorstellbar. Denn eine Bürgschaft enthält begriffsnotwendig nur eine Leistungsverpflichtung des Bürgen und zwar zu Leistungen an den Gläubiger.

Unterschiedlich ist weiterhin auch, daß die Haftung bei der Patronatserklärung I nicht bloße Folge der Schuldverpflichtung wie bei der Bürgschaft ist, sondern gegenüber dem Kreditinstitut quasi losgelöst erklärt wird in der Art, daß die Haftung wie bei einem typischen Garantievertrag eine primäre Leistungspflicht darstellt¹.

Demgegenüber geschieht die Haftung des Bürgen nicht durch eine primäre Leistungspflicht, sondern wie bei Schuldverhältnissen üblich durch eine sekundäre Leistungspflicht oder Schadensersatzpflicht².

1 vgl. Larenz, SchuR BT, § 62 III.

2 vgl. Larenz, SchuR AT, § 2 I.

Ein weiterer Unterschied zwischen Patronats-
erklärung I und Bürgschaft liegt im Gegenstand
des Versprechens: während mit der Patronats-
erklärung I die Zahlungsfähigkeit des Haupt-
schuldners und eine Haftungsübernahme für diese
Solvenz versprochen wird, ist Gegenstand des
Bürgschaftsvertrages das Entstehen für die Er-
füllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners.
Da die Muttergesellschaft Vollkaufmann ist und die
Bürgschaft zu ihrem Handelsgewerbe gehört, wäre
bei einem Bürgschaftsvertrag die Einrede der Vor-
ausklage ausgeschlossen¹. Dies würde aber bedeuten,
daß auch ein Entstehenmüssen für die Zahlungswillig-
keit der Tochtergesellschaft gegeben wäre, also
ein Plus gegenüber dem bloßen Entstehenmüssen für
die Zahlungsfähigkeit.

Damit ist klargestellt, daß die Muttergesellschaft
nicht für eine Fremdschuld entstehen will², sondern

1 vgl. §§ 3 AktG, 13 III GmbHG i.V.m. § 6 I HGB;
§ 349 HGB i.V.m. §§ 343, 351 HGB; § 6 II HGB.

2 vgl. Bardt, S. 289; Müllhaupt, S. 114; beide
Autoren kommen zu diesem Ergebnis allerdings
unter dem Aspekt, daß nur eine Ausstattungsver-
pflichtung zu Gunsten der Tochtergesellschaft
gegeben ist.

für die von ihr herbeizuführende Solvenz der Tochtergesellschaft¹.

Wie bereits ausgeführt beinhaltet die Patronatserklärung I zudem keine begrenzte Zahlungsverpflichtung². Bei der Bürgschaft dagegen ist die Zahlungsverpflichtung vom Umfang der Hauptverbindlichkeit abhängig³. Dies bedeutet, daß der Bürge nur den Betrag zahlen muß, den auch der Hauptschuldner schuldet⁴. Die Ausstattungsverpflichtung der Patronatserklärung I beinhaltet dagegen eine nötigenfalls unbegrenzte Zahlungsverpflichtung der Muttergesellschaft.

Der Umfang der Leistungsverpflichtungen ist daher verschieden⁵.

1 vgl. Altenburger, S. 60; obwohl Altenburger aber ausführt, die Muttergesellschaft erkläre nicht, für die Schuld eines Dritten eintreten zu wollen, sondern gebe ein Solvenzversprechen ab, unterstellt er die Patronatserklärung I dem Bürgschaftsrecht (und kommt zur Formungültigkeit nach schweizerischem Recht); dies begründet er damit, daß das Eintreten für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Patronatserklärung I gleichzeitig das Kernelement eines jeden Bürgschaftsvertrages sei; deshalb sei es auch unwesentlich, daß der Wortlaut der Patronatserklärung an sich über eine Bürgschaft hinausgehe; diese Argumentation ist meines Erachtens nicht zwingend, denn auch ein Garantieverprechen enthält dies Kernelement "Eintreten für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners" (wenn auch nur unter anderem) und wird gleichwohl nicht dem Bürgschaftsrecht unterstellt, was zu Recht mit der Verschiedenheit begründet wird; vgl. Altenburger, S. 63, 64.

2 vgl. oben, S. 106 mit FN 1.

3 vgl. Larenz, SchuR BT, § 64 I; Palandt/Thomas, BGB, Einf. v. § 765, Anm. 1e.

4 siehe § 767 I 1 BGB.

5 vgl. Obermüller, S. 26; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Schaffland, S. 1023; Möser, S. 1471; Mosch, S. 201.

Schließlich hat die Akzessorietät der Patronatserklärung I nicht die gleiche Bedeutung wie die der Bürgschaft.

Bei der Bürgschaft bringt der Akzessorietätsgrundsatz zum Ausdruck, daß der Gläubiger von den zwei ihm verpflichteten Schuldner, dem Hauptschuldner und dem Bürgen, die Leistung insgesamt nur einmal verlangen kann, dabei sich jedoch die Modalitäten nach der "führenden" Hauptschuld und nicht nach der "geführten" Bürgenschuld richten¹.

Dagegen bedeutet Akzessorietät bei der Patronatserklärung I, daß zwar der Bestand und die Fortdauer der Darlehensrückzahlungsverpflichtung für die Patronatsverpflichtung maßgeblich ist, nicht aber, daß der Gläubiger nur einmal die Leistung verlangen kann. Vielmehr kann der Gläubiger (das Kreditinstitut) zugleich zwei Leistungen verlangen: einerseits vom Hauptschuldner (der Tochtergesellschaft) die Rückzahlung der fälligen Darlehensraten gemäß Darlehensvertrag, andererseits, falls erforderlich, Leistungen der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft, um letztere in die Lage zu versetzen, ihrer Kreditverbindlichkeit nachzukommen².

Aus alledem ergibt sich, daß die Patronatserklärung I keine Bürgschaft darstellt³.

1 vgl. Medicus, Jus 1971, 497 ff; auch Larenz, SchuRBT, § 64 I.

2 vgl. Stecher, S. 69.

3 vgl. Stecher, S. 69; Gerth, S. 142 FN 2; Mosch, S. 201; Sperl, S. 736; Möser, S. 1471; Köhler, S. 1346 und 1349; Müllhaupt, S. 114; Schaffland, S. 1023; Huber, S. 61; Entwurf IdW, S. 120; Fischer/Schaffland, Heft 2, Seite 38; Bordt, S. 289; Schraepfer, S. 216; Obermüller, S. 26; Falter, S. 521; auch Altenburger, S. 64, der allerdings trotzdem die Patronatserklärung I dem Bürgschaftsrecht unterstellen will, vgl. hierzu unten, S. 113, mit FN 3; ebenso Seiler, S. 15.

f) Vertrag sui generis und Vertrag zugunsten
Dritter

Da die Patronatserklärung I nicht dem Rechtscharakter der vorbehandelten typischen Vertragsformen entspricht, ist sie ein Vertrag sui generis gemäß § 305 BGB¹. Es ist ein interzessionsähnlicher Vertrag, der starke Ähnlichkeiten mit Bürgschaft und Garantievertrag aufweist². Element der Garantie ist die Haftung für den Erfolg "Solvenz", eine systematische Ähnlichkeit zur Bürgschaft ergibt sich aus der Akzessorietät der Patronatsverpflichtung. Inwieweit eine analoge Anwendung von Bürgschaftsregeln in Frage kommt, ist im Einzelfall zu klären; eine generelle Anwendung von Bürgschaftsrecht auf die Patronatserklärung I ist jedoch ausgeschlossen³.

1 vgl. Obermüller, S. 26; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Schaffland, S. 1023; Mosch, S. 203; Gerth, S. 143; Stecher, S. 74; Scholz/Lwowski, S. 355; konkludent auch: Kamprad, S. 328; Schütz, S. 425; Käser, S. 613; Geigy-Werthemann, S. 37; Rümker, S. 991; Schraepler, S. 216; Bordt, S. 289; Entwurf, Erläuterungen und Stellungnahme IdW, S. 120, 213, 1922; Huber, S. 59; Müllhaupt, S. 114; Köhler, S. 1346; Lwowski, S. 48; Möser, S. 1471; Sperl, S. 736; Altenburger, S. 63; Seiler, S. 21 v. Westphalen, S. 204; a.A. Brink, S. 92, der einen Garantievertrag annimmt; Bordt, S. 289, nimmt einen Garantievertrag eigener Art an; erinnert sei an Winden, S. 1080, der eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung insgesamt ablehnt.

2 vgl. auch Schraepler, S. 218; v. Westphalen, S. 204.

3 vgl. Köhler, S. 1346 für §§ 770, 776 BGB; so auch v. Westphalen, S. 204, und Schraepler, S. 216 und insbesondere S. 218; konkludent auch Bodenstern/Jahn, S. 100; anderer Ansicht: Altenburger, S. 63, der diese Patronatserklärung voll dem Bürgschaftsrecht unterstellt mit dem Ergebnis der Formungültigkeit nach schweizerischem Recht.

Wann Bürgschaftsregeln im einzelnen anwendbar sind, wird im Laufe der Untersuchung geklärt werden.

Festgestellt sei nochmals, daß die Patronatserklärung I nach diesseitiger Auffassung zwei primäre Leistungspflichten enthält: einerseits die Verpflichtung zur Ausstattung und andererseits die Übernahme der Haftung für die Solvenz. Hieraus ergibt sich - im Zusammenhang mit der Klärung der Rechtsnatur der Patronatserklärung I - die Frage, wie die erste Leistungspflicht als Versprechen der Leistung an einen Dritten rechtlich zu qualifizieren ist.

Daß die Tochtergesellschaft Dritter im Sinne des § 328 BGB ist, liegt auf der Hand, da sie nicht Partei des zwischen Muttergesellschaft und Kreditinstitut geschlossenen Patronatsvertrages ist. Ein Vertrag zugunsten Dritter läge nahe, weil die Erfüllung der Ausstattungspflicht so erfolgt, daß Leistungsempfänger nicht der Gläubiger, das Kreditinstitut, ist, sondern die Tochtergesellschaft.

Der Patronatsvertrag selbst bildet das sogenannte Deckungsverhältnis für die Leistung an den Dritten, wobei die Muttergesellschaft Versprechender und das Kreditinstitut Versprechensempfänger ist¹. In diesem Verhältnis wird die Leistungspflicht der Muttergesellschaft festgelegt und dieses Verhältnis enthält den Rechtsgrund für die Leistung der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft. Rechtsgrund ist die mit dem Patronatsvertrag getroffene Sicherungsabrede zur Erhaltung der Solvenz der Tochtergesellschaft².

1 vgl. Larenz, SchuR AT, § 17 I a, b.

2 Dabei braucht hier nicht weiter untersucht zu werden, worin der Rechtsgrund für die Leistung der Sicherheit Patronatserklärung durch die Muttergesellschaft an das Kreditinstitut zu sehen ist. Dies kann im Rahmen etwaiger bestehender Geschäftsverbindungen zwischen Muttergesellschaft und Kreditinstitut vereinbart worden sein; denkbar erscheint aber auch eine Schenkung, wenn eine Bereicherung und Einigkeit über die Unentgeltlichkeit vorliegen; üblicherweise dürfte der Rechtsgrund für die Leistung der Sicherheit aber im Verhältnis zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft, dem Grund- oder Innenverhältnis, zu suchen sein.

Bei dem Deckungsverhältnis ergeben sich daher bei der Patronatserklärung I gegenüber der üblichen Konstellation keine Besonderheiten.

Anders sieht es aber im Zuwendungs- oder Valutaverhältnis aus. Dies bezeichnet das Verhältnis zwischen dem Kreditinstitut als Versprechensempfänger und der Tochtergesellschaft als Drittem¹. Das Valutaverhältnis enthält den Rechtsgrund für die Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten². Deckungs- und Valutaverhältnis sind streng voneinander zu trennen, denn das Valutaverhältnis wird nicht erst und nur durch den Vertrag zugunsten Dritter begründet³. Zwischen Versprechensempfänger und Drittem entstehen durch den Vertrag zugunsten Dritter selbst keine Vertragsbeziehungen⁴. Das Valutaverhältnis wird vielmehr außerhalb des Vertrages zu Gunsten Dritter begründet⁵.

In Frage käme diesbezüglich im Verhältnis zwischen Kreditinstitut und Tochtergesellschaft lediglich der Kreditvertrag, der durch die Patronatserklärung besichert wird. Daraus ergibt sich aber kein Grund für eine Zuwendung des Kreditinstitutes an die Tochtergesellschaft⁶.

Die typische Konstellation eines Dreipersonenverhältnisses im Rahmen eines Vertrages zu Gunsten Dritter ist nicht gegeben: es mangelt an einem Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem.

1 vgl. Larenz, SchuR AT, § 17 I b.

2 vgl. Soergel/Schmidt, 10. Aufl., BGB, Vor § 328, Anm. 11

3 vgl. Alternativkommentar/Dubischar, BGB, vor §§ 328 ff., Rdn. 5.

4 vgl. Soergel/Schmidt, 10. Aufl., BGB, Vor § 328, Anm. 11.

5 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, Einf. v. § 328, Anm. 2b.

6 Klargestellt sei, daß diese Zuwendung selbstverständlich nicht mit der Leistung aus dem Kreditvertrag zwischen Tochtergesellschaft und Kreditinstitut zu verwechseln ist; diese Darlehensvalutierung kann keine Zuwendung im Rahmen eines Vertrages zu Gunsten Dritter darstellen.

Daraus darf nun aber noch nicht geschlossen werden, es könne kein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegen. Ausnahmsweise kann nämlich das Valutaverhältnis auch zwischen dem Versprechenden und dem Dritten existieren¹. Dem steht der Wortlaut des § 328 BGB nicht entgegen und der Vertrag zu Gunsten Dritter wird in erster Linie durch das Deckungsverhältnis bestimmt².

Der Rechtsgrund für die ~~Zuwendung~~^{Zuwendung}, also das Bestehen des Valutaverhältnisses, muß nicht unbedingt aus einem Rechtsverhältnis folgen, es braucht sich nicht einmal um eine Rechtspflicht zu handeln; nach Staudinger kann der Rechtsgrund (nicht aber das Valutaverhältnis selbst) sogar ganz fehlen³. Erforderlich bleibt aber auch hier, daß das Valutaverhältnis selbst außerhalb des Vertrages zu Gunsten Dritter begründet ist.

Beim Vertragskonzern wird dieser Rechtsgrund durch den Unternehmensvertrag zwischen Konzernmutter- und Konzerntochtergesellschaft begründet; beim faktischen Konzern wird dies durch Rechtshandlungen im Innenverhältnis (Konzernmutter - Konzerntochter) wie Auftrag o. ä. geschehen, äußerstenfalls auch durch Schenkung. Nach Stecher stellt allein schon die kapitalmäßige Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft eine ausreichende Grundlage dar, sie sei allgemein der Grund von Zuwendungen der Muttergesellschaft⁴.

Damit ist klargestellt, daß ein Valutaverhältnis zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft vorliegt.

Der Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter bezüglich der Ausstattungsverpflichtung steht daher nichts im Wege.

1 vgl. Staudinger/Kaduk, 11. Aufl., BGB, Vorbem. 25, 28 vor § 328.

2 vgl. Esser, SchuR AT, § 36 II, 1; Larenz, SchuR AT § 17, Ib.

3 vgl. Staudinger/Kaduk, 11. Aufl., BGB, Vor 25 vor § 328.

4 vgl. Stecher, S. 77.

Fraglich ist aber noch, ob es sich dabei um einen berechtigenden oder bloß um einen ermächtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter handelt¹. Mit anderen Worten: steht der Tochtergesellschaft als Drittem ein eigenes Forderungsrecht auf Ausstattung zu oder kann nur das Kreditinstitut einen Anspruch auf Leistung erheben (sog. echter oder sog. unechter Vertrag zu Gunsten Dritter²).

Der Patronatserklärung I selbst ist keine Bestimmung darüber zu entnehmen, ob die Tochtergesellschaft ein eigenes Forderungsrecht erhalten soll oder nicht. Daher ist gemäß § 328 II BGB aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben soll. Die Annahme eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter liegt dann besonders nahe, wenn der Versprechensempfänger die Leistung ausschließlich im Interesse des Dritten vereinbart hat³.

Die Auslegungsregeln der §§ 329, 330 BGB können nicht weiter helfen, da die Patronatserklärung I nicht unter die entsprechenden Voraussetzungen der Tatbestände subsumierbar ist⁴. Zu untersuchen ist daher primär der Zweck des Patronatsvertrages als Indiz.

Die Patronatserklärung I ist von den Parteien üblicherweise unter verschiedenen typischen und atypischen Kreditsicherungsmitteln ausgewählt worden, ist mithin das Ergebnis eines Kompromisses bezüglich des Wunsches des Kreditinstitutes nach einer Kreditsicherheit.

1 Zur Terminologie, vgl. Larenz, SchuR AT, § 17 I a.

2 vgl. Erman/Westermann, BGB, Vor § 328 Anm. 2.

3 vgl. Staudinger/Kaduk, 11. Aufl., BGB, § 328 Rdn. 37; Palandt/Heinrichs, BGB, § 328, Anm. 2a.

4 vgl. Stecher, S. 78.

Von beiden Parteien primär und unmittelbar beabsichtigter Zweck der Erklärung ist daher die Kreditbesicherung durch eine Verstärkung der Stellung des Kreditgläubigers¹. Stecher ist der Ansicht, dieses Argument könne nicht überzeugen, denn die Sicherung des Kreditinstitutes bestehe ja gerade darin, daß Zuwendungen an die Tochtergesellschaft zu erbringen seien². Stechers Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden.

Sicher ist es richtig, daß die Ausstattungsverpflichtung für die Tochtergesellschaft überaus nützlich sein kann, denn sie bietet zumindest die Möglichkeit des Zuflusses von Finanzierungsmitteln. Insofern sind die Interessen der Tochtergesellschaft durch die Vereinbarung stark tangiert. Mitnichten kann man aber sagen, daß das Kreditinstitut als Versprechensempfänger die Leistung ausschließlich im Interesse eines Dritten vereinbart hätte.

Das Interesse des Kreditinstitutes geht vielmehr dahin, für die Kreditherausgabe eine geeignete Sicherung zu erhalten, also die eigene Rechtsposition zu stärken. Es kommt dem Kreditinstitut nicht darauf an, der Tochtergesellschaft ein eigenes Recht gegen die Muttergesellschaft zu verschaffen³.

¹ vgl. Altenburger, S. 56; Gerth, S. 144; Obermüller, S. 27 mit Verweisung auf S. 9; Mosch, S. 203 mit Verweisung auf S. 165.

² Stecher, S. 79.

³ vgl. Altenburger, S. 56; Obermüller, S. 9; Stechers Argumentation, S. 79, wenn auch die Tochtergesellschaft forderungsberechtigt wäre, hätte man es jedenfalls de iure eher als gewährleistet anzusehen, daß die Tochtergesellschaft eine gegebenenfalls erforderliche Finanzausstattung auch wirklich erhalten würde, vermag in der Praxis nicht zu verfangen; Mosch, S. 165, hat zu Recht darauf hingewiesen, daß die Bank wegen der engen Konzernverbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ohnehin nicht sicher sein kann, daß die abhängige Tochtergesellschaft bereit und in der Lage ist, von einem solchen Recht gegenüber ihrer eigenen Konzernmutter Gebrauch zu machen.

Auch das Interesse der Muttergesellschaft geht unmittelbar in diese Richtung, da nach ihrer eigenen Interessenlage der Kredit ohne weiteres auch blanco hätte herausgelegt werden können. Dadurch, daß sie dem Kreditinstitut einen Ausstattungsanspruch als Sicherheit einräumt, möchte sie die Valutierung des Darlehens ermöglichen, nicht aber der Tochtergesellschaft einen eigenen Anspruch einräumen. Selbstverständlich geht das mittelbare Interesse beider Parteien dahin, daß der Tochtergesellschaft nötigenfalls Finanzmittel zugewendet werden; bei der Muttergesellschaft folgt dies aus dem Konzernverhältnis, bei dem Kreditinstitut aus dem Interesse an einer ordnungsgemäßen Kreditrückführung durch Erhaltung der Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft. Dies ist jedoch nicht der im Vordergrund stehende Zweck des Patronatsvertrages.

Dieses Ergebnis wird auch durch weitere bei der Auslegung zu berücksichtigende Umstände gestützt. Es kann dem Kreditinstitut nicht daran gelegen sein, Drittgläubigern der Tochtergesellschaft ein Zugriffsobjekt für eine Zwangsvollstreckung durch Pfändung des Ausstattungsanspruches einzuräumen¹. Auch das Interesse der Muttergesellschaft geht nicht dahin, sich durch die Einräumung eines Forderungsrechtes an die Tochtergesellschaft einer Mehrheit von Gläubigern auszusetzen, wobei insbesondere auch die Muttergesellschaft kein Interesse daran hat, von Drittgläubigern der Tochtergesellschaft im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen zu werden.

1 vgl. Gerth, S. 144; Mosch, S. 203.

Stecher hat zudem darauf hingewiesen, daß bei Patronatsverhältnissen auch der Tatsache Rechnung zu tragen ist, daß die Muttergesellschaft im Valutaverhältnis der Tochtergesellschaft möglicherweise aus konzernrechtlichen oder sonstigen Gründen verpflichtet sein kann, bestimmte Zahlungen zu leisten und darüber hinaus der Tochtergesellschaft keinen weiteren Anspruch zugestehen will¹.

Mithin handelt es sich um einen ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter, der der Tochtergesellschaft kein Forderungsrecht einräumt^{2/3}.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Patronats-erklärung I ein einseitig verpflichtender Vertrag sui generis ist, wobei die Statuierung der Ausstattungsverpflichtung als unechter Vertrag zu Gunsten Dritter erfolgt.

1 vgl. Stecher, S. 80; Stecher, S. 81 weist auch noch auf den Umstand hin, daß, sofern bei den Vorverhandlungen die Frage des Drittrechts erörtert und bejaht worden sei, die Parteien dies auch bei der Formulierung ausdrücklich erwähnt hätten.

2 vgl. v. Westphalen, S. 203; Scholz/Lwowski, S. 358; Stecher, S. 81; Gerth, S. 144; Schneider, S. 305; Mosch, S. 203; Lwowski, S. 48; Müllhaupt, S. 114; Entwurf und Stellungnahme IdW, S. 120 und 1922; Bordt, S. 289, FN 38; Schraepfer, S. 216; Obermüller, S. 27; Vallenthin, S. 143; Rümker, S. 991, FN 11; Schütz, S. 425; Kamprad, S. 328; einen Vertrag zu Gunsten Dritter lehnt generell ab: Altenburger, S. 57, für den schweizerischen Rechtskreis; für das Kreditinstitut entfällt schon allein deshalb ein Vorgehen gemäß §§ 829, 835 ZPO bzw. § 857 I ZPO bezüglich eines Ausstattungsanspruches.

3 Obwohl von der Ausstattungsverpflichtung eine gewisse Drittwirkung oder faktische Schutzwirkung für Dritte bzw. Drittgläubiger ausgeht, kann nicht von einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gesprochen werden, da die Personenkonstellation dies nicht zuläßt.

g) Problematik des Scheingeschäfts und des Umgehungs-
geschäfts

aa) Scheingeschäft

In der Einleitung zu dieser Arbeit ist ausgeführt worden, daß ein wesentlicher Grund für die Verbreitung von Patronatserklärungen das Bestreben der Muttergesellschaften ist, einen Bilanzvermerk gemäß § 151 V Nr. 2,3 AktG zu vermeiden. Damit ist die Problematik des Scheingeschäftes gemäß § 117 BGB berührt.

Ein Scheingeschäft liegt dann vor, wenn der Erklärende und der Erklärungsempfänger darüber einig sind, daß die Erklärung nicht gelten und nur Dritten gegenüber der Schein einer Erklärung erweckt werden soll¹. Dies würde zum Beispiel gegeben sein, wenn der Übereinstimmende, wirkliche Wille der Parteien auf eine Bürgschaft oder auf eine Garantie ausgerichtet war, für welche aber zwecks Umgehung der Bilanzierungspflicht die Form der Patronatserklärung I gewählt wurde².

Man wird jedoch ein solches Scheingeschäft für den Regelfall aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen ausschließen können³.

Dies zum einen deshalb, weil ein solches Vorgehen große praktische Schwierigkeiten aufwerfen würde. Gemäß § 117 II BGB wird für den Fall, daß durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt wird, bestimmt, daß dann die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung finden⁴.

1 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 117, Anm. 1.

2 vgl. Altenburger, S. 23 für die Simulation nach schweizerischem Recht; siehe auch Müllhaupt, S. 111 f und Geigy-Werthemann, S. 37, beide ebenfalls über die Simulation; Köhler, S. 1343.

3 vgl. Köhler, S. 1343; Altenburger, S. 24.

4 Gemäß § 117 I BGB ist die Schein-Willenserklärung nichtig.

Die Formvorschrift des § 766 Satz 1 BGB würde zwar nicht stören, da nach § 350 HGB Formfreiheit vorliegen würde. Schwachstelle wäre aber, daß das Kreditinstitut in einem Prozeß beweisen müßte, daß tatsächlich ein Bürgschafts- oder ein Garantievertrag geschlossen worden sei, ohne daß es zum Beweis ein Schriftstück vorlegen könnte. "Daß eine Bank bei der Vergabe von Millionenkrediten die eigentlich gewollte Kreditsicherung durch Eingehen auf ein Scheingeschäft verdeckt, um dem Interesse der Muttergesellschaft an einer Vermeidung des Bilanzvermerkes entgegenzukommen, wäre in hohem Maße unvernünftig und somit unwahrscheinlich: aus der Patronatserklärung könnten keine Ansprüche abgeleitet werden, da sie als Scheingeschäft gemäß § 117 I BGB nichtig wäre; die eigentlich gewollte Kreditsicherung wäre höchst schwierig nachzuweisen."¹ Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß, sollte ein Bilanzvermerk im Zuge dieser Operation tatsächlich unterlassen sein, eine Strafbarkeit gemäß § 400 Nr. 1 AktG drohen würde. Zum anderen kann man auch argumentieren, daß der wirkliche, übereinstimmende Wille der Parteien weder auf eine Garantie noch auf eine Bürgschaft, sondern auf die Patronatserklärung I gerichtet war, gerade weil man den Bilanzvermerk vermeiden wollte². Die Annahme eines Scheingeschäftes durch die Abgabe der Patronatserklärung I verbietet sich daher im allgemeinen.

bb) Umgehungsgeschäft

Unter einem Umgehungsgeschäft versteht man ein Rechtsgeschäft, mit dem unter Ausnutzung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit ein Erfolg

¹ So richtig Köhler, S. 1343.

² vgl. Altenburger, S. 24.

erzielt werden soll, der im Widerspruch zur Zielsetzung gesetzlicher Vorschriften steht¹. Ziel des Umgehungsgeschäftes ist es, ohne negative Konsequenzen einen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, an welchen der Gesetzgeber die Nachteile oder Erschwernisse hatte anknüpfen wollen, bzw. den der Gesetzgeber hatte unterbinden wollen². Vom Scheingeschäft unterscheidet sich das Umgehungsgeschäft insofern, als es von beiden Parteien übereinstimmend und wirklich gewollt ist. Wegen der Motivationslage, einen Bilanzvermerk vermeiden zu wollen, könnte sich die Patronats-erklärung I als Umgehungsgeschäft darstellen und nicht erlaubt sein.

Für die Frage, ob ein Umgehungsgeschäft erlaubt ist, kommt es allein darauf an, ob das umgangene Gesetz nach seinem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck auch den mit dem Umgehungsgeschäft angestrebten Erfolg verbietet. Nur wenn die Auslegung des Gesetzes ergibt, daß sich das Verbot auch auf das zur Umgehung geschlossene Geschäft bezieht, liegt Nichtigkeit vor; andernfalls ist das Geschäft zulässig und wirksam.

Gleiches gilt, wenn ein Geschäft zwecks Umgehung zwingender gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wird. Auch hier ist Nichtigkeit nur anzunehmen, wenn das Geschäft nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn des Gesetzes ausgeschlossen sein soll, obwohl es dem äußeren Anschein nach zulässig ist³.

Ob also eine zwingende Vorschrift in unzulässiger Weise umgangen ist, hängt von der Auslegung dieser Vorschrift ab. Wenn eine Auslegung der Bestimmung

1 vgl. Staudinger/Dilcher, BGB, § 117, Rdn 32; auch Soergel/Hefermehl, BGB, § 134, Rdn. 52.

2 vgl. Staudinger/Dilcher, BGB, § 117, Rdn. 32.

3 vgl. Soergel/Hefermehl, BGB, § 134, Rdn. 52.

ergibt, daß nach ihrem Sinn und Zweck ein bestimmter rechtlicher oder wirtschaftlicher Erfolg allein möglich sein soll, daß also die Bestimmung einen ganz bestimmten Erfolg zwingend verwirklichen oder sichern will, so stellt ein Rechtsgeschäft, das diesem Rechtserfolg ausweichen oder ihn verhindern soll, ein unzulässiges Umgehungsgeschäft dar, das in der Regel nichtig ist¹.

Die Frage ist damit, ob § 151 V AktG nur eine bestimmte Art und Weise des Vorgehens bei der Bilanzierung regeln will oder ob dadurch der angestrebte Erfolg als solcher gleichzeitig verboten sein soll.

§ 151 I AktG ist eine bilanzrechtliche Gliederungsvorschrift, die festlegt, was in einer Jahresbilanz auszuweisen ist. In diese Richtung geht auch § 151 V AktG, der eine gesonderte Vermerkpflcht für bestimmte Haftungsverhältnisse statuiert. Daraus kann nicht entnommen werden, daß alle irgendwie gearteten Haftungsverhältnisse im Prinzip zu vermerken seien oder aber, daß es unzulässig sein soll, eine Kreditbesicherung in der Art vorzunehmen, daß eine Vermerkpflcht nicht besteht. Im Rahmen des § 151 V AktG stellt sich nur die Frage, ob eine Verbindlichkeit aus einem Gewährleistungsvertrag vorliegt oder nicht. Nicht aber soll damit die Frage präjudiziert werden, ob eine Kreditbesicherung in der angestrebten Art und Weise zulässig sein soll oder nicht².

Es kann daher kein unzulässiges Umgehungsgeschäft trotz der Motivationslage der Parteien vorliegen, wobei auf die Frage des Bilanzvermerkes hier noch nicht näher eingegangen werden soll, dies wird später gesondert geschehen.

1 vgl. BGHZ 34, 205; Enneccerus/Nipperdey, BGB AT, § 190 III 2.

2 vgl. Altenburger, S. 25 für das schweizerische Recht.

II. Erfüllung

Zur Verbesserung der Übersichtlichkeit der Darstellung wird im folgenden eine Unterteilung der Untersuchung nach den zwei Komponenten der Patronatserklärung I, Ausstattungsverpflichtung und Haftungsübernahme, vorgenommen.

A) Ausstattungsverpflichtung

1. Schuldgegenstand

Die eine Komponente des durch Auslegung gewonnenen Verpflichtungsgehaltes besagt, daß die Muttergesellschaft die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft durch eine Ausstattung im erforderlichen Umfang herbeizuführen hat. Sinn der Ausstattungsverpflichtung ist die Sicherstellung der Liquidität der Tochtergesellschaft¹.

Die Frage nach der Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit ist ausschließlich nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen².

Als Liquidität im Sinne der betriebswirtschaftlichen Finanzierungslehre wird ein Deckungsverhältnis bezeichnet, und zwar das zu einem bestimmten Zeitpunkt gegebene Verhältnis zwischen verfügbaren Geldmitteln und fälligen Verbindlichkeiten³. Zahlungsfähigkeit ist daher "Geldliquidität"⁴. Zu fordern ist damit die Deckung der jeweils fälligen Verbindlichkeiten durch flüssige Mittel oder fristgerecht in Zahlungsmittel

1 vgl. Köhler, S. 1346.

2 vgl. Uhlenbruck, Insolvenzrecht, S. 69, Rdn. 113.

3 vgl. Wöhe, Allg. BWL, 5. Abschnitt, I 4, S. 669; Christians, Finanzierungshandbuch, S. 358.

4 so auch Uhlenbruck, S. 69, Rdn. 113.

transformierbare Vermögensteile¹. Insofern ist neben einer Liquiditätsausstattung auch eine Vermögensausstattung möglich, wobei es jedoch wesentlich auf die fristgerechte Transformierbarkeit ankommt². Zahlungsfähigkeit einer Unternehmung liegt deshalb vor, wenn sie zu jedem Zeitpunkt in der Lage ist, mit den verfügbaren liquiden Mitteln die fälligen Auszahlungen fristgerecht zu leisten³. Je größer der Vorrat an flüssigen Mitteln ist oder Möglichkeiten vorhanden sind, durch Liquidation von Vermögensteilen oder aufgrund von Krediten in kürzester Zeit flüssige Mittel zu beschaffen, desto liquider ist eine Unternehmung⁴.

2. Erfüllungsmittel

Es ist unter dem Gesichtspunkt der Herstellung oder Bewahrung der Zahlungsfähigkeit zu untersuchen, welche tauglichen Erfüllungsmittel die Muttergesellschaft zur Verfügung hat. Der Wortlaut der Patronatserklärung I gibt nur die Zielrichtung der Finanzausstattung an, enthält aber keine Angaben darüber, wer auszustatten hat und womit auszustatten ist.

Es entspricht der absolut herrschenden Meinung, daß die Muttergesellschaft die Ausstattung nicht unbedingt selbst vorzunehmen hat, sondern daß auch Dritte, konzernangehörige oder konzernfremde⁵, von der Muttergesellschaft eingeschaltet werden können⁶. Denkbar ist bei der Einschaltung Dritter, daß die Muttergesellschaft

¹ vgl. Wöhe, S. 669.

² vgl. auch Uhlenbruck, S. 69, Rdn. 113.

³ vgl. Christians, S. 358; Wöhe, S. 669, der dies relative Liquidität nennt; auch Uhlenbruck, S. 69, Rdn. 113.

⁴ vgl. Uhlenbruck, S. 69, Rdn. 113; siehe auch Schraepfer, S. 215, bezüglich der Barzahlungspflicht der Muttergesellschaft.

⁵ So auch Mosch, S. 204.

⁶ vgl. Stecher, S. 82; Gerth, S. 145; Mosch, S. 204; Möser, S. 1471; Schaffland, S. 1022; Stellungnahme IdW, S. 1922; Entwurf IdW, S. 120; Fischer-Schaffland, Heft 2, S. 37; Bordt, S. 289; undeutlich und möglicherweise ablehnend: Müllhaupt, S. 114, sowie Falter, S. 521; die anderen Autoren erwähnen diese Frage nicht.

für ein eventuelles Drittdarlehen ebenfalls eine Sicherheit stellt¹. Die Muttergesellschaft muß bei einem Drittdarlehen aber im Auge behalten, daß dessen Tilgung nicht die Rückführung des durch die Patronatserklärung gesicherten Kredites gefährdet². Dererlei Probleme dürften bei Einschaltung eines konzernangehörigen Dritten, etwa einer weiteren Tochtergesellschaft, weniger virulent sein (wie auch bei einem Darlehen der Muttergesellschaft selbst).

Einigkeit besteht in der Literatur auch über die Tauglichkeit der Ausstattungsmittel in liquider Form wie Darlehen der Muttergesellschaft³, Kapitalerhöhung gegen Einlagen (die nicht Sacheinlagen sind)⁴ und Zuschüsse oder Nachschüsse⁵ der Muttergesellschaft. Soweit die Autoren bei Erwähnung der Kapitalerhöhung nicht ausdrücklich von einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen sprechen⁶, dürften sie diese gleichwohl meinen, da eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bilanztechnisch lediglich einen Passivtausch darstellt: offene Rücklagen oder stille Rücklagen nach Übertragung auf offene Rücklagen werden in gebundenes Haftungskapital (Nominalkapital) überführt. Da bei dieser Art der Kapitalerhöhung keinerlei finanzielle Mittel von außen zufließen, mithin die

1 vgl. Mosch, S. 204; Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; Bordt, S. 289.

2 vgl. Stecher, S. 83.

3 vgl. Stecher, S. 83; Mosch, S. 204; Schneider, S. 305; Bodenstein/Jahn, S. 98; Jährig/Schuck, S. 301; Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; Bordt, S. 289; Obermüller, S. 29; allgemein Gerth, S. 145 und von Westphalen, S. 205: liquide Mittel; dazu dürfte je nach Fallgestaltung auch das Nichtabziehen von Gewinnen zählen.

4 vgl. Mosch, S. 204; v. Westphalen, S. 205; Stecher, S. 86; Bodenstein/Jahn, S. 98; Jährig/Schuck, S. 301; Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; Bordt, S. 289; Obermüller, S. 29.

5 vgl. Stecher, S. 83; Bordt, S. 289; Schneider, S. 305.

6 Alle unter FN 4 genannten außer Stecher.

Vermögensseite der Bilanz auch nicht berührt ist, ist sie kein taugliches Erfüllungsmittel¹.

Streitig ist jedoch, inwieweit eine nichtliquide Ausstattung taugliches Erfüllungsmittel sein kann. Gerth erwähnt die Möglichkeit einer Verstärkung des Anlagevermögens², Mosch spricht von Zuführung nichtliquider Vermögenswerte in Form von Sachmitteln wie Produktionsanlagen oder Lizenzen³, Obermüller führt die Zufuhr von Anlagemitteln auf⁴. Während Gerth und Obermüller generell darin ein taugliches Erfüllungsmittel sehen, schränkt Mosch seine Ansicht dahingehend ein, daß eine Verengung auf liquide Ausstattungsmittel und damit eine Untauglichkeit nichtliquider Mittel dann gegeben sei, wenn ein akuter Liquiditätsengpaß bei der Tochtergesellschaft abzusehen oder schon eingetreten sei⁵.

Dem gegenüber vertritt der Hauptfachausschuß des Instituts der Wirtschaftsprüfer die Ansicht, daß bei der Patronats-erklärung I lediglich eine Versorgung mit liquiden Mitteln in Betracht komme⁶. Etwas anderes könne nur gelten, wenn die Muttergesellschaft -in Abweichung zur Patronats-erklärung I- verspreche, eine bestimmte Kapitalausstattung bei der Tochtergesellschaft aufrechtzuerhalten. Bei dieser Form könne die Muttergesellschaft, im

1 Ausführlich Stecher, S. 84 ff, der auch ausführt, daß eine wirtschaftliche Stärkung der Unternehmung durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nur eine indirekte Folge darstellt, die sich durch eine erhöhte Wertschätzung im Geschäftsverkehr ergibt, vgl. S. 85; all-gemein zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln: Wöhe, S. 656, und Christians, S. 81.

2 Gerth, S. 145.

3 Mosch, S. 204.

4 Obermüller, S. 29

5 vgl. Mosch, S. 204; Mosch spricht an anderer Stelle, S. 242 und S. 254, aber widersprüchlich von einer "auf Geld" gehenden Leistungsverpflichtung bzw. davon, die Patronats-erklärung I sei "auf eine Geldleistung gerichtet."

6 Ähnlich auch Bordt, S. 289, der auch nur liquide Mittel bespricht; undeutlich Schraepfer, S. 215, der eine Bar-ausstattung für nötig zu halten scheint.

Gegensatz zu den Liquiditätszusagen (womit die Patronatserklärung, I gemeint ist), ihre Verpflichtung auch durch Übertragung oder Verschaffung nicht-liquider Mittel erfüllen¹.

Stecher ist der Ansicht, daß die Muttergesellschaft durch eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen ihrer Ausstattungsverpflichtung nicht nachkommen könne².

Ansatzpunkt für eine Auslegung des Passus "finanziell ausgestattet" kann nur der Sinn und Zweck der Erklärung sein. Der Sinn der Ausstattungsverpflichtung liegt darin, die Liquidität der Tochtergesellschaft sicherzustellen. Betriebswirtschaftlich war dafür die Deckung der jeweils fälligen Verbindlichkeiten durch flüssige Mittel oder fristgerecht in Zahlungsmittel transformierbare Vermögensteile zu fordern.

Damit ist aber auch schon dargelegt, daß eine generelle Aussage zu der angeschnittenen Streitfrage nicht möglich ist. Vielmehr ist bei einer Beantwortung nach der Liquiditätssituation der Tochtergesellschaft zu differenzieren³. Bei einer aktuell ausreichenden Liquiditätssituation der Tochtergesellschaft und einer sich abzeichnenden zukünftigen Liquiditätsenge ist es ein durchaus taugliches Erfüllungsmittel, wenn die Muttergesellschaft versucht, durch eine Verstärkung des Anlagevermögens die Rentabilität und damit mittelbar auch die Liquidität der Tochtergesellschaft zu erhöhen. In einer ähnlichen Situation kann auch nur eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen ein taugliches Erfüllungsmittel sein, da das Kapitalerhöhungsverfahren ein recht langwieriges Verfahren ist⁴.

1 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1922; Entwurf IdW, S. 120/121.

2 vgl. Stecher, S. 92.

3 So im Ansatz auch Mosch, S. 204.

4 vgl. Stecher, S. 86 ff, mit einer ausführlichen Erörterung dieser Problematik; nach seiner Ansicht hängt die Tauglichkeit einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlage davon ab: a) vom Umfang des Einflusses, den die Muttergesellschaft bei der Durchführung der Kapitalerhöhung ausüben kann und will; b) von deren eigener Finanzkraft, und c) von der Liquiditätslage bzw. -entwicklung bei der Tochtergesellschaft, vgl. Stecher, S. 92.

Dabei spielt die Frage, ob eine Bareinlage oder eine Sacheinlage geleistet werden soll, nur eine untergeordnete Rolle. In den Fällen, in denen die aktuelle Liquiditätslage nicht zufriedenstellend ist und sich ein Liquiditätsengpaß für die nächste Zukunft abzeichnet, bleibt der Muttergesellschaft nur ein sehr rasch die Liquidität der Tochtergesellschaft verbesserndes Mittel, sei es ein eigenes Darlehen oder ein eigener Zuschuß, sei es ein schnell erreichbares Darlehen von einem Dritten.

Wesentlich für die Beurteilung der Tauglichkeit eines Erfüllungsmittels ist daher neben der aktuellen Liquiditätssituation der Tochtergesellschaft das Zeitmoment, also die Zeit, die vergeht, bis eine "Liquiditätsspritze" wirkt.

Ein taugliches Erfüllungsmittel ist daher auch die Verschaffung nichtliquider Ausstattungsmittel, wenn die fristgerechte Transformierbarkeit gegeben ist, so daß im Zeitpunkt einer drohenden Liquiditätsenge diese durch die Transformierung aufgefangen werden kann.

Darauf hinzuweisen ist im übrigen, daß selbstverständlich auch eine Mischung der verschiedenen Erfüllungsmittel in Betracht kommt¹.

3. Fälligkeit der Leistung

Vorangestellt sei die betriebswirtschaftliche Bemerkung, daß Zahlungsfähigkeit eine Forderung ist, die nicht etwa nur für das Ende eines Zeitraumes (z. B. Monat, Jahr) gilt, sondern für jeden Zeitpunkt während der Dauer der Unternehmung. Im Grunde folgt aus betriebswirtschaftlicher Sicht aus diesem Anspruch, Zahlungsfähigkeit zumindest tageweise, wenn nicht stundenweise zu gewährleisten (in der praktischen Abwicklung des Zahlungsverkehrs können sich jedoch Aufweichungen dieses Prinzips

¹ vgl. Gerth, S. 146; Stecher, S. 95.

ergeben, weil die Reaktionsschnelligkeit der Gläubiger begrenzt ist und sich der Antrag auf Konkursöffnung verzögert oder der Zeitpunkt der Feststellung der Insolvenz durch Verhandlungen mit Gläubigern hinausgeschoben werden kann¹).

Dieser betriebswirtschaftlichen Forderung entsprechend ist die Ausstattungsverpflichtung als Dauerschuldverhältnis² zu charakterisieren, wobei Fälligkeit der einzelnen Leistungen dann eintritt, wenn die Muttergesellschaft spätestens leisten muß, damit ein Eintritt eines akuten Liquiditätsmangels bei der Tochtergesellschaft verhindert wird³.

Das ergibt sich zum einen bereits aus dem Wortlaut der Patronatserklärung I, daß die Tochtergesellschaft jederzeit in der Lage sein soll, ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit zu erfüllen⁴.

Entgegen Obermüller⁵ kann nach Sinn und Zweck der Patronatserklärung I aus diesem Wortlaut aber keine Koppelung der Fälligkeit der Ausstattungsleistung mit der Fälligkeit der jeweiligen Kreditrate der Tochtergesellschaft vorgenommen werden. Nach seiner Ansicht ist es unerheblich, wenn die Finanzsituation der Tochtergesellschaft die Tilgung des Kredites zu einem Zeitpunkt nicht erlaubt, an dem der Kredit nicht fällig ist und auch nicht gekündigt werden kann.

1 vgl. Christians, S. 358.

2 vgl. Stecher, S. 106; auch Brink, S. 92, sowie Schaffland, S. 1022, und Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38.

3 vgl. Mosch, S. 212.

4 vgl. Jährig/Schuck, S. 301; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Schaffland, S. 1022; von Westphalen, S. 204; Mosch, S. 212; Stecher, S. 106.

5 vgl. Obermüller, S. 27; ähnlich Obermüller auch Bordt, S. 289.

Zwar ist ihm zuzugeben, daß der Wortlaut mit der Bezugnahme auf die Verpflichtungen gerade aus diesem Kreditverhältnis für seine Ansicht spricht. Eine solche rein wörtliche Interpretation der Patronatserklärung wird jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Ausstattungsverpflichtung gerecht.

Sinn der Ausstattungsverpflichtung ist die Sicherstellung der Liquidität der Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kreditvertrages, so daß dieser ordnungsgemäß abgewickelt werden kann. Dies sieht Obermüller auch, wenn er ausführt, daß ein Mangel an Geldmitteln nicht dazu führen dürfte, daß auch andere, fällige Forderungen Dritter nicht beglichen würden und so ein Insolvenzverfahren drohe¹. Nach Sinn und Zweck der Ausstattungsverpflichtung ist aber gerade eine stetige und kontinuierliche Ausstattung zu leisten, um eine Gefährdung der Kreditrückführung auszuschließen. Wenn die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft nicht ständig im erforderlichen Umfang ausstattet, damit diese im betriebswirtschaftlichen Sinne liquide ist, "kann es schnell zu einem finanziellen Zusammenbruch kommen, der durch verspätet einsetzende Hilfsmaßnahmen nicht mehr abgewendet werden kann."²

Fälligkeit der Ausstattungsleistung liegt daher unabhängig von den Fälligkeiten der Kreditraten vor, wenn ein akutes Liquiditätsdefizit spätestens abzuwenden ist. Letztlich ist dabei der Zeitpunkt maßgebend, an dem mit Bargeld eine Zahlungsunfähigkeit bezüglich einer fälligen

¹ vgl. Obermüller, S. 27.

² vgl. Obermüller, S. 28; Stecher, S. 106, mit demselben Ergebnis.

Forderung noch verhindert werden kann¹. Wenn daher das Kreditinstitut bei einer laufenden Überprüfung der Kreditwürdigkeit der Tochtergesellschaft, zu der es gemäß § 18 S. 1 KWG verpflichtet ist, zu der Ansicht kommt, daß bei der Tochtergesellschaft eine Illiquidität unmittelbar bevorsteht, kann das Kreditinstitut einen Erfüllungsanspruch geltend machen, dessen Fälligkeit sich nach dem oben herausgearbeiteten Grundsatz richtet².

Stecher weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß die Fälligkeiten der einzelnen Raten bei Großkrediten, und um solche handelt es sich in der Besicherung durch Patronatserklärungen typischerweise, in der Regel auf größere Zeiträume wie beispielsweise Jahresabstände terminiert sind (durch den kalendermäßig bestimmten Zahlungsplan)³. Wenn aber, Obermüller folgend, eine Ausstattungsleistung der Muttergesellschaft, solange kein Insolvenzverfahren droht, erst zu diesen Zeitpunkten fällig wäre, bliebe ein negativer Geschäftsverlauf bei der Tochtergesellschaft, der sich zwischen den Fälligkeitsterminen ereignet, ohne unmittelbaren Einfluß auf die Ausstattungsverpflichtung, auch wenn dadurch eine äußerste Gefährdung für die Tochtergesellschaft und damit für die ordnungsgemäße Abwicklung des Darlehensvertrages gegeben wäre.

Nach Sinn und Zweck des Patronatsvertrages sollen aber gerade auch diese Gefährdungen ausgeschlossen sein⁴.

1 Damit ist das allgemeine Liquiditätsrisiko der Muttergesellschaft angesprochen, auf das im folgenden noch näher eingegangen werden wird.

2 Auf die Klagbarkeit eines Erfüllungsanspruches und auf die hinreichende Bestimmtheit des Erfüllungsanspruches soll erst später eingegangen werden; Sperl, S. 736, ist allerdings der Ansicht, ein Erfüllungsanspruch sei wohl aus der Patronatserklärung I nicht gegeben; von Westphalen, S. 205, führt aus, ein Anspruch auf Erfüllung der Patronatserklärung I dürfte aus praktischen Gründen dem Kreditinstitut sehr selten offen stehen.

3 vgl. Stecher, S. 107.

4 Stecher, S. 107, spricht daher von einer präventiven Liquiditätsvorsorgepflicht der Muttergesellschaft.

Deshalb hat die Muttergesellschaft unabhängig von Kreditratenfälligkeiten gegenüber allen gefährdenden Einflüssen so rechtzeitig zu reagieren, daß es nicht zu einer Störung kommen kann^{1/2}.

4. Wahlbefugnis der Muttergesellschaft

Der Muttergesellschaft stehen mehrere taugliche Erfüllungsmittel zur Auswahl bereit. Es fragt sich aber, wie dieses rechtsdogmatisch einzuordnen ist.

Bei der gegebenen Konstellation liegt es nahe, ein Wahlschuldverhältnis mit Wahlmöglichkeit der Muttergesellschaft als Schuldnerin in Erwägung zu ziehen, soweit nicht nur ein Schuldverhältnis mit Ersetzungsbefugnis (*facultas alternativa*) vorliegt.

Bei der Ersetzungsbefugnis des Schuldners kann der Gläubiger nur eine bestimmte Leistung verlangen, dem Schuldner ist aber das Recht eingeräumt, sich durch eine andere Leistung von seiner Schuld zu lösen³. Diese andere Leistung des Schuldners ist nicht Schuldgegenstand, da Schuldgegenstand nur die eine bestimmte Leistung ist⁴. Schuldgegenstand der Patronatserklärung I, 1. Komponente, ist die finanzielle Ausstattung der Tochtergesellschaft in erforderlichem Umfang, um die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft sicherzustellen⁵. Dies ist auch, bei isolierter Betrachtung der Ausstattungsverpflichtung, der einzige Schuldgegenstand. Es wird also nur eine Leistung geschuldet. Diese ist auch zumindest bestimmbar, da die konkret zu erbringende Leistung vom Umfang der benötigten Liquidität her festgelegt also letztlich durch eine Geldmenge bestimmt wird.

1 vgl. Stecher, S. 108.

2 vgl. zu den finanzwirtschaftlichen, aus der Bilanz abgeleiteten Kennziffern bezüglich der Zahlungsfähigkeit, Christians, S. 358.

3 vgl. Larenz, SchuR AT, § 11 IIIa; Erman/Sirp, BGB, § 262, Rdn. 2.

4 vgl. Esser/Schmidt, SchuR AT, Teilband 1, § 14 III 1.

5 vgl. zuletzt oben, S. 125.

Jedoch ist nicht ersichtlich, daß diese Leistung, finanzielle Ausstattung, durch einen anderen Schuldgegenstand nach Wahl des Schuldners ersetzt werden kann. Hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor.

Eine facultas alternativa scheidet daher aus.

Das Wesen der Wahlschuld besteht darin, daß von vornherein grundsätzlich mehrere bestimmte Leistungen in der Weise geschuldet sind, daß nur eine von ihnen erbracht werden soll¹.

Wie im Rahmen der Erörterung der Ersetzungsbefugnis dargelegt, wird bei der Ausstattungsverpflichtung aber nur eine Leistung geschuldet und nicht mehrere, wobei allerdings der Schuldner die Wahl zwischen mehreren Erfüllungsmitteln = Erfüllungsmodalitäten hat.

Nach Larenz kann aber ein Wahlschuldverhältnis nur gegeben sein, wenn es sich um verschiedene Leistungsgegenstände und nicht nur um verschiedene Möglichkeiten der Art und Weise der Erfüllung handelt². Er begründet diese Ansicht im wesentlichen damit, daß in dem Fall, in dem lediglich mehrere Erfüllungsmodalitäten zur Auswahl stehen, es lebensfremd sei, eine Erklärung über die gewählte Modalität gemäß § 263 S. 1 BGB zu erwarten.

Gerade dieses Argument vermag aber bei der Ausstattungsverpflichtung der Patronatserklärung I nicht zu überzeugen. Denn die Vorschrift des § 263 S. 1 BGB ist durchaus in diesem Fall interessengerecht, da sowohl die Muttergesellschaft als auch das Kreditinstitut ein Interesse daran haben dürfte, daß das Kreditinstitut von der Muttergesellschaft von der Auswahl des konkreten

1 vgl. Larenz, SchuR AT, § 11 II; Erman/Sirp, BGB, § 262 Rdn 1.

2 vgl. Larenz, SchuR AT, § 11 II.

Erfüllungsmittels in Kenntnis gesetzt wird¹. Da der Muttergesellschaft mehrere Erfüllungsmittel mit unterschiedlich schnell wirkendem Liquiditätseffekt zur Verfügung stehen, schließt eine Mitteilung der Muttergesellschaft über die getroffene Auswahl einen auftauchenden Zweifel des Kreditinstitutes an der Erfüllungsbereitschaft der Muttergesellschaft von vornherein aus. Beiden Parteien dürfte aber daran gelegen sein, derartige Mißverständnisse zu vermeiden². Deshalb ist Esser zuzustimmen, man müsse sich bei der Beantwortung der Frage, ob auch dann ein Wahlschuldverhältnis angenommen werden kann, wenn lediglich mehrere Erfüllungsmodalitäten zur Wahl stehen, von begrifflichen Verengungen freimachen und die konkrete Interessenlage erforschen³. Dies spricht für das Vorliegen eines Wahlschuldverhältnisses. Mit der herrschenden Lehre wird daher im vorliegenden Fall eine Wahlschuld angenommen⁴. Allerdings liegt eine Wahlschuld sui generis vor, da die §§ 262 ff BGB nur zum Teil Anwendung finden können, wie sich aus der Interessenlage der Parteien ergibt bzw. aus der Besonderheit der Patronatserklärung I.

1 Von der Frage der Mitteilungspflicht des Schuldners ist die Frage zu trennen, inwieweit aus der Interessenlage der Parteien eine Widerruflichkeit der Auswählerklärung gefolgert werden kann. Das Interesse des Kreditinstitutes geht dahin, daß die Tochtergesellschaft stets zahlungsfähig ist, nicht hat es ein besonderes Interesse an einem bestimmten Erfüllungsmittel, nur tauglich muß es sein. Demgegenüber hat die Muttergesellschaft ein lebhaftes Interesse daran, ihre unternehmerische Dispositionsfreiheit nicht zu beschränken. Daraus ergibt sich, daß die Auswählerklärung nicht als bindend anzusehen ist, so daß die Erfüllungsmittel gewechselt werden können; ebenso Stecher, S. 96.

2 Ebenso Stecher, S. 95.

3 vgl. Esser/Schmidt, SchuR AT, Teilband 1, § 14 II 1.

4 vgl. Esser/Schmidt, SchuR AT, Teilband 1, § 14 II 1; Palandt/Heinrichs, BGB, § 262, Anm. 1; Münchener Kommentar/Keller, BGB § 262, Rdn. 4; Ziegler, AcP 171, 193 ff, 198; Enneccerus/Lehmann, SchuR AT, § 7; Staudinger/Werner, 11. Aufl., BGB, Vorb §§ 262-265, Rdn. 2.

Dies schadet jedoch nicht, weil die §§ 262 - 265 BGB dispositives Recht enthalten und der vom Gesetzgeber in den §§ 262 - 265 BGB normierte Idealtyp der Wahlschuld nur selten vorkommt, da in der Mehrzahl der wirtschaftlich relevanten Fälle Wahlschulden nicht nach den §§ 262 ff BGB abgewickelt werden¹. Eine abweichende Parteivereinbarung wird aber oft im Hinblick auf den konkreten Vertragsinhalt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als stillschweigend getroffen gelten müssen². Dies muß auch für die Ausstattungsverpflichtung der Patronatserklärung I gelten.

§ 262 BGB trifft insoweit zu, als im Zweifelsfall das Wahlrecht der Muttergesellschaft zusteht³. Die zwei Voraussetzungen aber, die in § 262 BGB genannt werden, bedürfen der Modifikation: einerseits sagt der Wortlaut der Patronatserklärung I nichts über die verschiedenen Erfüllungsmittel aus, die Erfüllungsmodalitäten können erst durch Auslegung ermittelt werden⁴. Andererseits spricht § 262 BGB davon, daß nur die eine oder die andere Leistung, hier: Leistungsmodalität, geschuldet wird. Demgegenüber ist bereits festgestellt, daß die Muttergesellschaft auch berechtigt ist, mehrere Erfüllungsmittel nebeneinander auszuwählen und zu kombinieren.

Daß die Vorschrift des § 263 S. 1 BGB bei der Ausstattungsverpflichtung interessengerecht ist, ist bereits dargelegt worden⁵.

1 vgl. Ziegler: Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog. Wahlschuld (§§ 262-265 BGB), in AcP 171, S. 193 ff (194/195).

2 vgl. Staudinger/Werner, 11. Aufl., BGB, Vorbem. 17 vor § 262; Ziegler, AcP 171, 213.

3 vgl. zur Interessenabwägung FN 1 auf S. 136.

4 Dabei ist mit Gerth, S. 146, zu sagen, daß keine abschließende Aufzählung aller Ausstattungsmöglichkeiten zur exakten erfüllungsrechtlichen Erfassung des Schuldverhältnisses möglich ist, da selbst beliebige Mischungen der vorgestellten Erfüllungsmittel möglich sind; Gerth lehnt daher ein Wahlschuldverhältnis ab.

5 vgl. oben S. 135, auch S. 136, FN 1.

Dagegen trifft die Regelung in § 263 S. 2 BGB, wonach die gewählte Leistung, hier Leistungsmodalität, als die von Anfang an allein geschuldete gilt, nicht auf die Interessenlage bei der Ausstattungsverpflichtung zu. § 263 S. 2 BGB bedeutet, daß die Wahl nicht widerrufen oder geändert werden kann¹.

Demgegenüber erfordert eine Interessenabwägung, daß die Auswählerklärung der Muttergesellschaft nicht als bindend anzusehen ist².

Auf die Beurteilung des § 264 I BGB soll hier nicht eingegangen werden, da dies die Erörterung der Erfüllungsklage bezüglich der Ausstattungsverpflichtung voraussetzt³.

Es läßt sich daher feststellen, daß ein Wahlschuldverhältnis vorliegt⁴, das in einigen Punkten gegenüber den gesetzlichen Regelungen gemäß §§ 262 ff BGB modifiziert ist, so daß eine Wahlschuld sui generis gegeben ist⁵.

Da die Auswahlbefugnis der Muttergesellschaft zusteht, folgt daraus auch, daß das Kreditinstitut grundsätzlich keinen Anspruch auf ein bestimmtes Erfüllungsmittel hat⁶. Eine Verengung der Auswahl der Muttergesellschaft kann sich aber daraus ergeben, daß das Kreditinstitut einen Erfüllungsanspruch auf Ausstattung mit einem tauglichen Erfüllungsmittel hat. Wenn eine Liquiditätsnotlage unmittelbar bevorsteht, ist taugliches Erfüllungsmittel lediglich Bargeld. Aber auch

1 vgl. Erman/Sirp, BGB, § 263, Rdn. 2; Staudinger/Werner, 11. Aufl., BGB, § 263, Rdn. 4,5.

2 vgl. zur Interessenabwägung: oben, S. 136, FN 1; ebenso: Stecher, S. 96.

3 siehe unten, S. 180.

4 vgl. Mosch, S. 204; Schneider, S. 305; von Westphalen, S. 205; Sperl, S. 736; Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; a.A. Gerth, S. 146; unklar Möser, S. 1471.

5 vgl. Stecher, S. 98.

6 Wohl ebenso: Gerth, S. 146, von einem anderen Ansatzpunkt her.

dann bleibt es der Muttergesellschaft unbenommen, auszuwählen, ob sie das Bargeld selbst aufbringen oder aber einen Dritten damit beauftragen will und ob es sich dabei um ein Darlehen oder eine Schenkung handeln soll¹.

Daraus aber, daß das Kreditinstitut keinen Anspruch auf ein bestimmtes Erfüllungsmittel hat, darf nicht gefolgert werden, daß dem Kreditinstitut auch kein Erfüllungsanspruch zustehe². Das Kreditinstitut hat vielmehr einen Erfüllungsanspruch, der auf eine stetige finanzielle Ausstattung der Tochtergesellschaft in dem Umfang geht, daß diese zahlungsfähig ist.

5. Umfang der Ausstattungsverpflichtung

a) die sogenannte Nachschußpflicht der Muttergesellschaft

Der Umfang der Ausstattungsverpflichtung ergibt sich aus dem Schuldgegenstand und aus dem Charakter des Patronatsvertrages als Dauerschuldverhältnis. Danach ist die Muttergesellschaft verpflichtet, falls erforderlich, für eine stetige Ausstattung der Tochtergesellschaft mit liquiden oder fristgerecht transformierbaren nichtliquiden Mitteln in einem Umfang zu sorgen, daß die Tochtergesellschaft genug Liquidität besitzt, um ihre fälligen Verpflichtungen fristgerecht zu erfüllen.

Damit ist aber auch zweierlei klargestellt:

-zum einen ergibt sich daraus, daß die Muttergesellschaft den Umfang der Verpflichtung aus der Patronatserklärung nicht auf den Umfang der Kreditverbindlichkeit einschließ-

1 Auf das Innenverhältnis zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft und die daraus resultierenden diesbezüglichen Fragen wird später noch eingegangen, siehe unten, S. 206 .

2 So offenbar Sperl, S. 736.

lich Nebenforderungen in der Art reduzieren kann, daß sie eine einmalige Zahlung an die Tochtergesellschaft in der entsprechenden Höhe¹ vornimmt²; denn, und das ist die andere Schlußfolgerung,
-zum anderen trägt die Muttergesellschaft das Risiko, daß die an die Tochtergesellschaft geleisteten Ausstattungsmittel auch ihrer Bestimmung gemäß Verwendung finden können³.

Andernfalls bestände die Gefahr, daß Drittgläubiger auf die geleisteten Ausstattungsmittel im Wege der Zwangsvollstreckung Zugriff nehmen könnten oder von der Tochtergesellschaft vorrangig befriedigt würden und das Kreditinstitut leer ausginge. Sinn der Ausstattungsverpflichtung ist aber die stetige Sicherstellung der Liquidität der Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredites. Dieser Erfolg kann zwar, muß aber nicht durch eine einmalige Ausstattung in der fraglichen Höhe sichergestellt sein. Genauso wie es möglich sein kann, daß die Muttergesellschaft überhaupt keine Ausstattung zu leisten braucht, weil die Tochtergesellschaft stets über die nötigen eigenen Liquiditätsreserven verfügt, genauso kann es nötig sein, daß die Muttergesellschaft im über den Kreditbetrag hinausgehenden Umfang leisten muß, da die Rückführung des Kredites auch nicht dadurch gefährdet werden darf, daß Drittgläubiger wegen ihrer Forderungen einen Verlust befürchten und dieserhalb ein Insolvenzverfahren anstrengen.

1 Zur Frage der einmaligen Zahlung an das Kreditinstitut in entsprechender Höhe, vgl. unten, S. 171.

2 vgl. Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 37; Mosch, S. 205; Schraepler, S. 216; Obermüller, S. 26 und 27; Rümker, S. 991; Brink, S. 92; von Westphalen, S. 203; Gerth, S. 149.

3 vgl. Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Schneider, S. 305; Obermüller, S. 26 u. 27; Mosch, S. 205; Schraepler, S. 216; Rümker, S. 991; Gerth, S. 149; Stecher, S. 108; Bordt, S. 290 und FN 45; IdWStellungnahme, S. 1925; Möser, S. 1471; Seiler, S. 20; Schröder, S. 555, mit der Risikobegrenzung durch treuhänderische Zuwendung (S. 556).

Mit Mosch¹ ist dies entgegen der herrschenden Meinung² mit dem Terminus "Nachschußpflicht" zu belegen und nicht mit dem Stichwort "Weiterleitungsrisiko". Das Stichwort "Weiterleitungsrisiko" ist nämlich insofern mißverständlich, als damit nicht nur das Risiko der Muttergesellschaft gemeint sein könnte, vom Umfang her mehr als die Kreditschuld an Ausstattungsmitteln an die Tochtergesellschaft leisten zu müssen. Vielmehr könnte daraus auch geschlossen werden, die Muttergesellschaft trage das Risiko dafür, daß die Tochtergesellschaft empfangene ausreichende Ausstattungsmittel auch tatsächlich an das Kreditinstitut weiterleite. Dieses Risiko trägt die Muttergesellschaft aber gerade nicht: mit der Patronats-erklärung I übernimmt sie nur das Risiko der Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft, nicht aber das der Zahlungsbereitschaft bzw. der Zahlungswilligkeit³.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich zudem, daß die Muttergesellschaft das allgemeine Liquiditätsrisiko der Tochtergesellschaft trägt. Dies ist jedoch nicht zweifelsfrei.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer⁴, Bordt⁵ und Altenburger⁶ nehmen ein allgemeines Liquiditätsrisiko nur an, wenn der Wortlaut der entsprechenden Patronats-erklärung in Abänderung des hier untersuchten Wortlautes auf die Verpflichtungen "im Zusammenhang mit diesem Kredit" keinen Bezug nimmt. Von Westphalen⁷ will ein solches Risiko nur gelten lassen, wenn Zweifel bei der

1 vgl. Mosch, S. 205 f.

2 vgl. Rümker, S. 991; Schneider, S. 305; IdW Stellungnahme, S. 1925; Stecher, S. 108.

3 vgl. oben, S. 110.

4 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1922, mit der weiteren Einschränkung, daß eine so weitreichende Verpflichtung von den Vertragspartnern im allgemeinen nicht gewollt sei; deshalb sei zur Klarstellung eine Bestätigung des Kreditinstitutes hereinzuholen; im Zweifel sei aber eine allgemeine Liquiditätszusage gegeben.

5 vgl. Bordt, S. 290.

6 vgl. Altenburger, S. 55.

7 vgl. von Westphalen, S. 203.

Erforschung der Tragweite der Erklärung übrig bleiben. Brink¹, Rümker² und Stecher³ nehmen auch bei dem hier untersuchten Wortlaut mit einer Bezugnahme auf die Kreditverbindlichkeit an, daß die Muttergesellschaft das allgemeine Liquiditätsrisiko der Tochtergesellschaft trägt. Dem ist zuzustimmen⁴. Der Sinn und Zweck der Ausstattungsverpflichtung besteht in der stetigen Sicherstellung der Liquidität der Tochtergesellschaft. Dies beschränkt sich nicht auf die Fälligkeitstermine der Kreditraten, sondern gilt immer dann, wenn die Tochtergesellschaft Liquidität benötigt, um ihren fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen. Damit ist gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß die Muttergesellschaft allgemein für die benötigte Liquidität der Tochtergesellschaft zu sorgen hat, wobei es unerheblich ist, ob im Wortlaut der Ausstattungsverpflichtung auf die Kreditverpflichtungen Bezug genommen wird oder nicht⁵.

Damit begünstigt die Ausstattungsverpflichtung mittelbar auch sämtliche Drittgläubiger der Tochtergesellschaft⁶. Nur mittelbar deshalb, weil einerseits die Patronatserklärung I kein echter Vertrag zu Gunsten Dritter ist, so daß die Drittgläubiger keinen Anspruch der Tochtergesellschaft auf Ausstattung gegen die Muttergesellschaft pfänden und sich überweisen lassen können⁷, und andererseits auch kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegt⁸, was schon

1 vgl. Brink, S. 92.

2 vgl. Rümker, S. 991.

3 vgl. Stecher, S. 109.

4 Ablehnend wohl Mosch, S. 217, und Gerth, S. 152 f.

5 vgl. Stecher, S. 109.

6 vgl. Stecher, S. 109.

7 vgl. oben, S. 119.

8 vgl. Gerth, S. 188.

daraus folgt, daß nicht die typische Einbeziehung der Drittgläubiger in das Verhältnis Kreditinstitut - Muttergesellschaft gegeben sein kann. Das Kreditinstitut als Gläubiger ist nämlich nicht für das Wohl und Wehe der Drittgläubiger aus einer Fürsorge- und Schutzverpflichtung heraus mitverantwortlich und hat zudem in der Regel auch kein Interesse an einer solchen Einbeziehung¹.

Da die Muttergesellschaft die von der Tochtergesellschaft benötigte Liquidität zu verschaffen hat, ist zudem noch klargestellt, daß sämtliche aus dem Kreditverhältnis herrührenden Forderungen abzudecken sind, also neben dem Anspruch auf Rückführung des Kapitals auch die Zinsen einschließlich etwaiger Verzugszinsen sowie Provisionen und Gebühren².

b) Sicherstellung der Annahme und der Weiterleitung der Ausstattungsmittel durch die Muttergesellschaft

Da die Muttergesellschaft sich verpflichtet, für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft durch die Leistung der benötigten Ausstattungsmittel zu sorgen, ist sie auch verpflichtet, die Annahme dieser Ausstattungsmittel durch die Tochtergesellschaft sicherzustellen³.

Abgesehen von dem Fall, daß zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft ein Beherrschungsvertrag geschlossen worden ist und die Muttergesellschaft deshalb ein echtes Weisungsrecht gegenüber der Tochtergesellschaft besitzt (§§ 18 I 2, 292 I, 308 AktG)⁴, kann

1 vgl. Erman/Westermann, BGB, § 328, Anm.12; Münchener Kommentar/Gottwald, BGB, § 328, Rdn.68; Larenz, SchuR AT, § 27 II.

2 vgl. Obermüller, S. 27.

3 vgl. Rümker, S. 991; Mosch, S. 204.

4 vgl. Emmerich/Sonnenschein, S. 65.

die Tochtergesellschaft an sich nicht gezwungen werden, die von der Muttergesellschaft offerierten Ausstattungsmittel anzunehmen.

Einerseits wird sich aber eine solche Pflicht der Tochtergesellschaft aus dem Innenverhältnis zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft ergeben, auf das hier noch nicht näher eingegangen werden soll¹. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß diese Problematik in der Praxis keine Relevanz haben dürfte. Man muß hier die Interdependenz zwischen zwei Fakten im Auge behalten: auf der einen Seite wird eine Muttergesellschaft nur der in ihrem Mehrheitsbesitz stehenden Tochtergesellschaft eine Patronatserklärung als Kreditsicherheit stellen, die die Muttergesellschaft über die Hauptversammlung und damit auch über Aufsichtsrat und Vorstand² maßgeblich steuern kann, auf deren Geschäftspolitik sie also Einfluß nehmen kann, auf der anderen Seite dürfte dann aber auch die Frage der Annahmeverweigerung der Tochtergesellschaft nicht auftauchen, weil dann die Muttergesellschaft ihren Einfluß in der Tochtergesellschaft entsprechend geltend machen kann.

Fraglich ist, ob der Muttergesellschaft neben der Sicherstellung der Annahme der Ausstattungsmittel auch obliegt, die Weiterleitung dieser Ausstattungsmittel an das Kreditinstitut sicherzustellen.

Während aber die Verpflichtung zur Sicherstellung der Annahme unmittelbar als begriffliche Voraussetzung aus der eingegangenen Verpflichtung zur Ausstattung folgt,

¹ Siehe unten, S. 206 .

² Zur Bedeutung der Einführung der quasi-paritätischen Mitbestimmung durch das MitbestG vom 4.5.1976 bei dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen für die Vermutung der Abhängigkeit und für die Konzernvermutung: vgl. Emmerich/Sonnenschein, S. 47 und S. 60.

läßt sich dem Wortlaut der Patronatserklärung I keine Verpflichtung zur Sicherstellung der Weiterleitung entnehmen¹. Im Gegenteil betont der Wortlaut der Patronatserklärung, daß die Tochtergesellschaft lediglich "in der Lage" sein soll, ihre Verpflichtungen zu erfüllen. Die Muttergesellschaft hat gerade nicht erklärt, für die Erfüllung durch die Tochtergesellschaft zu sorgen; sie hat versprochen, für Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft zu sorgen, nicht auch für Zahlungswilligkeit.

Daß die Muttergesellschaft aufgrund des Konzernverhältnisses in der Regel ihren maßgeblichen Einfluß dahingehend geltend machen kann, daß die Ausstattungsmittel auch an das Kreditinstitut weitergeleitet werden, ist bei der Frage, ob eine dahingehende Verpflichtung besteht, nicht hilfreich. Da allerdings die Muttergesellschaft den Nutzen aus der Weiterleitung hat, daß das Risiko des Nachschusses vermindert wird, steht zu vermuten, daß sie tatsächlich ihren Einfluß in dieser Richtung geltend machen wird.

Die Muttergesellschaft ist daher nicht verpflichtet, die Weiterleitung der Ausstattungsmittel sicherzustellen; sie schuldet lediglich deren Bereitstellung bei der Tochtergesellschaft².

1 vgl. Stecher, S. 103; undeutlich Rümker, S. 991 und Mosch, S. 205.

2 vgl. Stecher, S. 102; undeutlich von Westphalen, S. 205; Müllhaupt, S. 114; Brink, S. 92; Bordt, S. 289; Schraepfer, S. 216; zumindest mißverständlich Obermüller, S. 27, (Stecher, S. 102, nimmt an, daß Obermüller auch die Weiterleitung als geschuldet ansieht; dies sieht Verfasser anders); Rümker, S. 991; Mosch, S. 205; Aktenburger, S. 54; unverständlich Gerth, S. 149, FN 1, der die Ansicht Stechers (die hier auch verfolgt wird) als "von der h.M. ... abweichende Lösung (nur Mittelbeschaffung beim Protégé" (= die Tochtergesellschaft) "geschuldet" ansieht; Gerth übersieht, daß zwar nur Mittelbereitstellung bei der Tochtergesellschaft geschuldet wird, aber für den Zeitabschnitt noch nicht endgültig erfüllt ist, weil eine erneute Ausstattung nötig ist; diese Ausstattung ist dann aber auch wieder in Form der Bereitstellung geschuldet.

c) Grenzen der Ausstattungsverpflichtung

Wenn die Muttergesellschaft zu einem Nachschuß an Ausstattungsmitteln verpflichtet ist und das allgemeine Liquiditätsrisiko der Tochtergesellschaft abzudecken hat, so folgt daraus, daß der Umfang der Ausstattungsverpflichtung nicht auf den Umfang der zu sichernden Kreditverbindlichkeit begrenzt ist. Insbesondere kann der Bedarf zur Deckung des allgemeinen Liquiditätsrisikos nicht oder kaum abgeschätzt werden¹. Damit stellt sich die Frage nach den möglichen Grenzen der Ausstattungsverpflichtung.

Schraepler ist als erster dieser Frage in seiner Untersuchung eindeutig nachgegangen². Er geht davon aus, daß die Patronatserklärung I³ die Aufgabe einer Liquiditätsgarantie hat⁴. Es sei aber gerade der Zweck jeder Garantie, einen bestimmten Erfolg unter

1 Es soll hier außer Acht gelassen werden, daß der Erfüllungsanspruch bezüglich der Ausstattungsverpflichtung nach diesseitiger Ansicht nicht einklagbar ist; darüber hinaus ist die Klagbarkeit auch nur ein Aspekt unter mehreren, da z. B. die Muttergesellschaft es sich aufgrund ihres Standings in der Finanz- und Geschäftswelt unter Umständen nicht leisten kann, auf die Nichtklagbarkeit zu verweisen, und so den Leistungsumfang reduzieren zu wollen; im übrigen sei auf die zweite Komponente der Patronatserklärung I verwiesen, die Haftungsübernahme.

2 vgl. Schraepler, S. 216.

3 Schraepler hat einen abgewandelten Erklärungstext, vgl. S. 215.

4 Die sogenannte Liquiditätsgarantie besteht darin, daß sich ein Gesellschafter der kreditnehmenden Gesellschaft gegenüber verpflichtet, dieser die zur Tilgung und Verzinsung des Kredites erforderlichen Gelder darlehensweise zur Verfügung zu stellen, sofern sie nicht über die notwendigen eigenen liquiden Mittel verfügen sollte, und die kreditnehmende Gesellschaft diesen Eventualananspruch an das kreditgebende Kreditinstitut abtritt, vgl. Jährig/Schuck, S. 302; er gibt weiterhin den Ratschlag, es sollte nach Möglichkeit auf andere, weniger problematische Sicherungsformen zurückgegriffen werden, da es fraglich sei, ob die Liquiditätsgarantie ausreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar sei.

allen Umständen sicherzustellen. Dies bedeute, daß die Muttergesellschaft so oft in die Tochtergesellschaft zu investieren habe, bis eine Zahlungsfähigkeit erreicht sei, die tatsächlich zur Befriedigung des Kreditinstitutes führe. Die Muttergesellschaft dürfe sich nicht dabei auf eine Unzumutbarkeit einer solchen finanziellen Belastung berufen¹, da auch das äußerste Opfer vertragstypisch sei. Zur Begründung verweist er darauf, daß es für finanzielles Unvermögen keine Entschuldigung im Rechtssinn gibt (§ 279 BGB). Schraepler ist im übrigen der Ansicht, die Muttergesellschaft könne sich einer mehrfachen Beanspruchung entziehen, wenn sie unmittelbar an das Kreditinstitut gemäß § 267 BGB zahle².

Auch Rümker war in seiner Stellungnahme zu dem Ergebnis gekommen, daß die Patronatserklärung I "der Sache nach ... eine allgemeine Liquiditätsgarantie" darstellt³. Stecher⁴ ist aber zuzustimmen, daß man sich in der Literatur offenbar nicht mit dem Gedanken vertraut machen kann, daß auch das äußerste Opfer vertragstypisch ist und deshalb von der Muttergesellschaft auch zur Aufrechterhaltung der Liquidität der Tochtergesellschaft erbracht werden muß. So ist Rümker der Ansicht, die Funktion als allgemeine Liquiditätsgarantie dürfe nicht überschätzt werden, da das Kreditinstitut keinen Anspruch auf Fortbestand der Tochtergesellschaft für die Dauer der Kreditgewährung habe, weil dies einen zu weitgehenden Eingriff in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Muttergesellschaft bedeute⁵.

1 So auch Schütz, S. 425: soweit sich ein Gesellschafter rechtsverbindlich zur Beschaffung des für die Gesellschaft erforderlichen Kapitals verpflichtet habe, sei die Frage der Zumutbarkeit unerheblich, unter Berufung auf BGH, WM 1968, 876; vgl. zur Kritik an diesem Bezugspunkt: Stecher, S. 113, FN 3.

2 vgl. FN 2 auf Seite 149.

3 vgl. Rümker, S. 991.

4 vgl. Stecher, S. 114.

5 vgl. Rümker, S. 991; dieser Gedanke wird im Laufe der Untersuchung noch aufgegriffen, siehe unten, S. 224 .

Auch der Hauptfachausschuß des Institutes der Wirtschaftsprüfer hat in seiner Stellungnahme ausgeführt, daß eine allgemeine Liquiditätszusage im allgemeinen von den Vertragspartnern wegen der weitgehenden Verpflichtung nicht gewollt sei¹.

Bordt ist der Meinung, die Patronatserklärung komme einer allgemeinen Liquiditätszusage lediglich sehr nahe². Mosch stellt auf den Einzelfall ab, will aber im Zweifel keine allgemeine Liquiditätszusage annehmen, sofern nicht besondere Umstände eine andere Auslegung erforderlich machen^{3/4}.

Es ist daher mit Nachdruck darauf hinzuweisen, daß sich für eine Begrenzung der Leistungspflicht der Muttergesellschaft in Richtung auf ein zumutbares Maß im Wortlaut der Patronatserklärung I kein Anhaltspunkt finden läßt. Bereits oben ist erörtert worden, daß auch der Hinweis auf die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft "im Zusammenhang mit diesem Kredit" keine Einschränkung im hier diskutierten Sinne bedeuten kann. Denn damit ist lediglich der unmittelbar gesicherte Anspruch angesprochen.

Auch aus den Umständen und insbesondere aus den Vorverhandlungen ergibt sich nichts anderes; denn danach steht lediglich fest, daß die Muttergesellschaft weder eine Bürgschaft noch eine typische Garantieerklärung abgeben wollte. Das berechtigt aber noch nicht zu dem Schluß, daß die Muttergesellschaft nicht in höherem Umfang verpflichtet sein wollte. Sie hat bewußt eine abweichende Sicherung vorgezogen, wobei sie die Unsicherheit über

1 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1922.

2 vgl. Bordt, S. 290.

3 vgl. Mosch, S. 218.

4 Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß Bordt und IdW neben Mosch die Annahme einer allgemeinen Liquiditätszusage nur für den Fall diskutieren, daß, anders als bei der Patronatserklärung I, der Wortlaut auf den Kredit keinen Bezug nimmt, vgl. oben, S. 141.

die rechtliche Tragweite selbst einkalkuliert hat. Diese Unsicherheit geht hier zu ihren Lasten, da der Leistungsumfang aus der Patronatserklärung I zumindest höher sein kann.

Die Leistungsverpflichtung der Muttergesellschaft wird auch nicht durch eine sogenannte Opfergrenze eingegrenzt. Denn als Gattungsschuldnerin bezüglich der Gattung Ausstattungsmittel ist sie dem reinen Geldschuldner gleichzustellen und haftet daher für ihr finanzielles Leistungsvermögen unbeschränkt¹. Es ist daher festzuhalten, daß eine Begrenzung der Ausstattungsverpflichtung vom Umfang her nicht gegeben ist.

Auf die Möglichkeit der Rückzahlung der gesamten Restkreditsumme einschließlich aller Nebenkosten zur Begrenzung und auf die Möglichkeit der Muttergesellschaft zur Leistung der fälligen Kreditrate an das Kreditinstitut gemäß § 267 BGB, wobei zunächst offen bleibt, ob damit auch die Patronatsverpflichtung begrenzt wird, soll hier nur verwiesen werden. Diese Problematik bleibt einem eigenen Kapitel vorbehalten².

d) zeitliche Dauer der Ausstattungsverpflichtung

Sinn der Ausstattungsverpflichtung ist es, die Liquidität der Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kreditvertrages sicherzustellen, so daß dieser ordnungsgemäß abgewickelt werden kann, und eine stetige und kontinuierliche Ausstattung zu leisten, um eine Gefährdung der

1 So auch Stecher, S. 115; offen gelassen von Gerth, S. 156; Stecher, geht noch auf BGH WM 1968, 876, ein und begründet richtig, daß Zumutbarkeitserwägungen im Rahmen einer speziell darlehensvertraglichen clausula rebus sic stantibus bei der Patronatserklärung nicht greifen können.

2 vgl. unten, S. 165.

Kreditrückführung auszuschließen. Es fragt sich aber, ob sich der Sinn und Zweck der Ausstattungsverpflichtung schon darin erschöpft, einen akuten Liquiditätsmangel der Tochtergesellschaft durch vorbeugende Leistung von Erfüllungsmitteln zu verhindern, also eine Gefährdung der Kreditrückführung erst gar nicht eintreten zu lassen.

Dies ist zu verneinen. Sollte die Muttergesellschaft ihrer Verpflichtung zur Ausstattung nicht oder nicht im geforderten Umfang nachgekommen und die Tochtergesellschaft deshalb nicht liquide sein, so ist die Muttergesellschaft auch verpflichtet, die eingetretene Gefährdung für die ordnungsgemäße Kreditrückführung zu beseitigen, also die geeigneten Erfüllungsmittel auch jetzt noch zu leisten¹. Stecher hat zu Recht darauf hingewiesen, daß die Ausstattungsverpflichtung auch die Voraussetzungen schaffen soll, unter denen das Kreditinstitut von einer vorzeitigen Kündigung des Kreditvertrages wegen Vermögensverfalls gemäß Nr. 17 AGB-Banken oder Nr. 13 Absatz 2 b AGB-Sparkassen absieht².

Die Ausstattungsverpflichtung soll die vertragsgemäße, ordnungsgemäße Abwicklung des Kreditvertrages sicherstellen. Dazu gehört auch, daß eine bereits eingetretene Gefährdung beseitigt wird und sich deshalb nicht realisieren kann.

Damit ist klargestellt, daß die Leistungsverpflichtung aus der Ausstattungsverpflichtung nicht bereits bei Eintritt der Gefährdung endet, sondern daß die Verpflichtung zur Leistung zeitlich nicht begrenzt ist und

1 vgl. Stecher, S. 110; konkludent auch Obermüller, S. 28; Gerth, S. 153 und 155.

2 vgl. Stecher, S. 110/111.

auch beinhaltet, eine eingetretene Gefährdung zu beseitigen.

Mittelbar ergibt sich dies auch aus dem Charakter der Ausstattungsverpflichtung als Dauerverpflichtung. Das zeitliche Erlöschen dieser Dauerverpflichtung liegt, abgesehen vom normalen Vertragsablauf, in der Hand des Kreditinstitutes: es kann bei einer Verzögerung zum Beispiel aus der Haftungsübernahme nur den Schaden wegen einer Kreditrate geltend machen oder aber wegen Vermögensverfalls gemäß seinen AGB das Kreditverhältnis kündigen, den gesamten Kreditbetrag nebst Zinsen und Kosten fällig stellen und den Gesamtschaden gegenüber der Muttergesellschaft geltend machen. Im ersten Fall bleibt die Ausstattungsverpflichtung bestehen, im zweiten ist sie erloschen.

6. Geltendmachen von Einreden und Einwendungen

a) eigene Einreden und Einwendungen

Selbstverständlich ist, daß sich die Muttergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut aller Einreden und Einwendungen bedienen kann, die aus den patronatsvertraglichen Beziehungen zwischen Muttergesellschaft und Kreditinstitut entspringen. Dies entspricht allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.

b) Einreden und Einwendungen, die der Tochtergesellschaft aus dem Kreditverhältnis gegenüber dem Kreditinstitut zustehen.

Es fragt sich, ob die Muttergesellschaft bei der Inanspruchnahme aus der Patronatserklärung I, Ausstattungsverpflichtung, sich auch auf die Einreden und Einwendungen berufen kann, die der Tochtergesellschaft aus dem Kreditverhältnis gegenüber dem Kreditinstitut zustehen. Die Untersuchung folgt dabei der

Einteilung nach der Wirkung in rechtshindernde und in rechtsvernichtende Einwendungen sowie in rechtshemmende Einreden. Gesondert untersucht werden sollen dann noch die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit.

aa) rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen

Dabei geht es um die Problematik, wie sich zum Beispiel fehlende Vertretungsmacht oder eine erfolgte Anfechtung, Erfüllung oder eine vollzogene Aufrechnung im Verhältnis Tochtergesellschaft-Kreditinstitut auf das Verhältnis Muttergesellschaft-Kreditinstitut auswirken.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß sich aus der Funktionsbestimmung der Patronatserklärung I ergibt, daß diese Einwendungen von der Muttergesellschaft geltend gemacht werden können¹. Das folgt daraus, daß die Muttergesellschaft die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft nur für den Fall des Bestehens und der Fortdauer der Darlehensrückzahlungsverpflichtung versprechen will. Denn durch die Patronatserklärung I soll das Kreditinstitut nur die Sicherheit erlangen, daß die Tochtergesellschaft in der Lage sein wird, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen und daß die Muttergesellschaft dafür haftet. Es besteht keine Veranlassung für die Muttergesellschaft, sich auch für den Fall zur Ausstattung der Tochtergesellschaft zu verpflichten, daß dieser rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen im Hinblick auf die Kreditschuld zustehen². Denn sie ist weniger am Schicksal des Kreditinstitutes als an dem der Tochtergesellschaft interessiert³. Auch das Kreditinstitut hat grundsätzlich kein Interesse daran, daß die Verpflichtung aus der Patronatserklärung für die Muttergesellschaft unabhängig von

1 vgl. oben, S. 105, auch S. 98.

2 Ebenso Mosch, S. 202.

3 vgl. Mosch, S. 236.

der Kreditverbindlichkeit besteht und bestehen bleibt, wenn der Kreditverbindlichkeit rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen gegenüberstehen. Allerdings kann dieses Interesse nur grundsätzlich angenommen werden. Eine Abweichung muß für den Fall gelten, daß der Tochtergesellschaft eine rechtshindernde Einwendung zusteht und das Darlehen bereits valutiert ist. Hier ergibt sich das Problem, ob die Patronatserklärung I auch den Bereicherungsanspruch des Kreditinstitutes gegen die Tochtergesellschaft sichern soll oder aber, ob nur der Anspruch aus § 607 I BGB gesichert werden soll¹.

Zur Lösung dieses Problems ist auf den Paralleelfall zu verweisen, daß eine Bürgschaft zur Sicherung eines Darlehens bestellt worden ist und sich nach Valutierung herausstellt, daß die Hauptverbindlichkeit nichtig ist. Hierzu hat das OLG Frankfurt im Urteil vom 9.7.1980 den richtigen Weg gewiesen². Es hat zunächst nachgewiesen, daß die Meinung, eine Bürgschaft erstrecke sich, quasi automatisch, bei nichtigem Darlehensvertrag auch auf den Bereicherungsanspruch, von den Vertretern dieser Auffassung nicht begründet wird und auch nicht begründet werden kann. Denn gegen diese Auffassung spricht insbesondere das Prinzip der Akzessorietät, da der Bürge für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen hat, wobei der Umfang der Verpflichtung des Bürgen vom jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit abhängig ist. Deshalb kann im Falle der Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit der Bürge grundsätzlich nicht in Anspruch genommen werden³.

1 An dieser Stelle sei erwähnt, daß als gesicherter Anspruch aus § 607 I BGB nicht nur der "normale" Rückgewähranspruch gemäß Tilgungsplan anzusehen ist, sondern auch der Rückgewähranspruch des Kreditinstitutes nach einer Kündigung, sei es, daß die Tochtergesellschaft gem. § 247 BGB, sei es, daß das Kreditinstitut wegen Vermögensverfalls kündigt.

2 vgl. OLG Frankfurt, NJW 1980, 2201.

3 vgl. die Fundstellen im oben erwähnten Urteil NJW 1980, 2202.

Das OLG Frankfurt nimmt dann jedoch in Übereinstimmung mit dem BGH¹ und der herrschenden Lehre² an, daß etwas anderes zu gelten hat, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen Willen der Parteien in Richtung auf eine Erstreckung vorhanden sind. Ein solcher Wille muß weiterhin zum Ausdruck gekommen sein, sei es, daß sich eine Vereinbarung in der Bürgschaftsurkunde ausdrücklich befindet, sei es, daß sich dies im Wege der Auslegung ergibt.

Diese Grundsätze sind richtiger Weise auf die Patronats-erklärung I zu übertragen, da die Parallelen offensichtlich sind.

Hier ergibt sich aber schon aus der "Patronatsurkunde", daß auch ein Bereicherungsanspruch des Kreditinstitutes gegen die Tochtergesellschaft wegen Nichtigkeit des Darlehensvertrages gesichert ist. Denn darin ist von der "vollständigen Rückzahlung des Kredites" und von "Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit" die Rede. Der Kredit ist im weitesten Sinne aber erst vollständig zurückgezahlt, wenn (auch) ein Bereicherungsanspruch des Kreditinstitutes wegen Nichtigkeit des Darlehensvertrages erfüllt ist, und zu den Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit gehört im weitesten Sinne auch die Pflicht, den Bereicherungsanspruch zu erfüllen.

Festzuhalten ist daher, daß rechtshindernde Einwendungen der Tochtergesellschaft für die Muttergesellschaft dann abgeschnitten sind, wenn eine Darlehensvalutierung schon erfolgt ist. Dies gilt allerdings nur solange, bis der Kreditbetrag zurückgezahlt worden ist.

Grundsätzlich ist aber die Muttergesellschaft berechtigt, rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen der Tochtergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut geltend

¹ vgl. BGH, LM § 765 BGB Nr. 1.

² vgl. die Fundstellen unter FN 3, S. 153.

zu machen¹.

Dieses durch Funktionsbestimmung und Interessenlage gewonnene Ergebnis der Akzessorietät der Patronatserklärung I wird auch durch den Wortlaut der Erklärung insofern zum Ausdruck gebracht, als der Wortlaut auf die Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Kredit Bezug nimmt und damit klarstellt, daß diese Verpflichtungen überhaupt oder noch bestehen müssen.

bb) rechtshemmende Einreden.

Von der Dauer der Wirkung her werden rechtshemmende Einreden unterteilt in peremptorische, also dauernde, wie die Einreden der Verjährung, der rechtsgrundlosen Bereicherung und der deliktisch erworbenen Hauptforderung, und in dilatorische, also vorübergehende, wie die Einreden der Stundung, des Zurückbehaltungsrechtes und des nichterfüllten Vertrages². Diese Unterteilung soll auch bei der folgenden Untersuchung vorgenommen werden, da sich bezüglich der beiden Unterarten verschiedene Aspekte ergeben, die eine Differenzierung gebieten.

Allgemein läßt sich aber für beide Unterarten sagen, daß die Frage der Einredeübertragung von der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft sich nicht aus dem Wortlaut der Patronatserklärung I beantworten läßt. Festzustellen ist auch, daß die Interessenlage auf Seiten des Kreditinstitutes hier anders ist. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: das Vorliegen einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Einwendung führt ohne weiteres zur Nichtigkeit oder zum Erlöschen des Rechtsgeschäftes und ist im Rechtsstreit von Amts wegen zu berücksichtigen; dagegen ist eine Einrede ein vom Ein-
§

1 vgl. Mosch, S. 235; Stecher, S. 69; Obermüller, S. 27; ohne Differenzierung nach der Einteilung der Einwendungen auch: von Westphalen, S. 205; Köhler, S. 1346; Schraeppler, S. 216; Altenburger, S. 62; Gerth, S. 148; Huber, S. 65, FN 41, beschränkt sich auf den Hinweis, daß "die Patronatserklärung selbstverständlich akzessorischen Charakter hat".

2 vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, § 29 I 3.

rederechtigten geltend zu machendes Gegenrecht gegenüber der einredebehafteten Forderung, das den Anspruch selbst, auch bei peremptorischen Einreden, bestehen läßt; unterläßt es der Einrederechtigte, von seinem Gegenrecht Gebrauch zu machen, so kann der Anspruch auch gerichtlich durchgesetzt werden, weil das Gericht das Gegenrecht nur berücksichtigen darf, wenn der Einrederechtigte sich darauf beruft¹. Weiterhin ist maßgebend für die Interessenlage, daß Einreden nicht nur durch Verzicht des Berechtigten wegfallen können, sondern auch durch Fristablauf bei der Stundung oder durch Beseitigung des Einredetatsbestandes bei den Einreden des Zurückbehaltungsrechtes und des nichterfüllten Vertrages.

-peremptorische Einreden

Es könnte eine analoge Anwendung des § 768 I 1 BGB in Frage kommen, der bestimmt, daß der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann. Dies wäre grundsätzlich dann möglich, wenn zwei Sachverhalte gegeben wären, die in den für die rechtliche Wertung maßgeblichen Hinsichten übereinstimmen².

Wie die Bürgschaft dient die Patronatserklärung I zur Besicherung einer Forderung, die der aus der Sicherungserklärung Berechtigte gegen einen Dritten hat. Bei beiden Sicherungsgeschäften ist der Verpflichtete gezwungen, notfalls durch eigene Mittel den Ausfall des Berechtigten auszugleichen.

Bei beiden Rechtsgeschäften gibt es auch keinen Grund für den Verpflichteten, dem Berechtigten mehr Rechte einzu-

¹ vgl. Larenz, AT, § 14 II; Medicus, § 29 I 2; nicht erörtert werden soll hier die Streitfrage, ob das Gegenrecht im Prozeß geltend gemacht werden muß oder ob es ausreicht, daß der Einrederechtigte sich außerprozessual darauf beruft.

² vgl. Larenz, AT, § 4 II.

räumen als der Dritte durchsetzbare Verpflichtungen hat. Dies alleine schon deshalb, weil der Verpflichtete grundsätzlich dem Dritten nähersteht als dem Berechtigten und zudem seine eigene Belastung durch die Besicherung möglichst gering halten will. Insbesondere muß dies im hier vorliegenden Fall gelten, da der Dritte und der Verpflichtete Konzerngesellschaften sind.

Bei der Ausstattungsverpflichtung verspricht der Verpflichtete die Zahlungsfähigkeit des Dritten, bei der Bürgschaft die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten, also mehr. Die Ausstattungsverpflichtung ist also gegenüber der Bürgschaft ein Minus. Wenn aber sogar bei der Bürgschaft dem Verpflichteten das Recht eingeräumt wird, die dem Dritten zustehenden Einreden gegenüber dem Berechtigten geltend zu machen, so muß dies erst recht für die Ausstattungsverpflichtung gelten.

Einer analogen Anwendung des § 768 I 1 BGB auf peremptorische Einreden steht daher nichts im Wege¹.

Hieran kann auch nicht die bereits dargelegte, gegenüber rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einwendungen veränderte Interessenlage des Kreditinstitutes etwas ändern. Dies folgt daraus, daß es realitätsfern wäre, davon auszugehen, daß die Konzerntochtergesellschaft eine ihr zustehende Einrede nicht geltend machen würde, obwohl die Konzernmuttergesellschaft dies wünscht.

Und selbst wenn das geschehen sollte, darf es nicht zu Lasten der Muttergesellschaft gehen, wie sich schon aus dem a-maiore-ad-minus-Gedanken im Rahmen des § 768 I 1 BGB ergibt.

1 Ebenso Mosch, S. 239.

Mithin kann also die Muttergesellschaft peremptorische Einreden der Tochtergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut geltend machen^{1/2}.

-dilatorische Einreden

Es fragt sich aber, ob auch eine analoge Anwendung des § 768 I 1 BGB auf dilatorische Einreden möglich ist³. Ansatzpunkt für Zweifel, ob hier eine Übereinstimmung der Sachverhalte in den für die rechtliche Wertung maßgeblichen Hinsichten gegeben ist, ist die bereits getroffene Feststellung, die Muttergesellschaft habe die Tochtergesellschaft jederzeit, unabhängig von Kreditratenfälligkeiten, auszustatten, soweit eine Zahlungsunfähigkeit droht.

Damit besteht aber ein gravierender Unterschied zwischen Bürgschaft und Patronatserklärung I, soweit sie die Ausstattung betrifft: während bei der Bürgschaft der § 768 I 1 BGB zum Ausdruck bringt, daß der Bürge nur dann belastet werden soll, wenn auch der Hauptschuldner leisten müßte, folgt aus der Funktionsbestimmung der Ausstattungsverpflichtung, daß der Patronatsverpflichtete auch dann belastet werden soll, wenn der Hauptschuldner vorübergehend nicht leisten muß. Damit liegen verschiedene Leistungsinhalte vor, die eine Übereinstimmung der Sachverhalte in der geforderten Hinsicht verhindern. Die Muttergesellschaft ist daher nicht berechtigt, bezüglich der Ausstattungsverpflichtung die der Tochtergesellschaft zustehenden dilatorischen Ein-

1 vgl. Mosch, S. 240; Altenburger, S. 62; von Westphalen, S. 205; Köhler, S. 1346.

2 Auf den Problemkreis § 193 Satz 2 KO, § 82 II 1 VerglO, wird noch eingegangen werden, siehe unten, S. 191.

3 Bejaht von Mosch, S. 239 und 240.

reden geltend zu machen¹.

cc) Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit

Analog § 770 I BGB könnte der Muttergesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen, solange die Tochtergesellschaft den Darlehensvertrag anfechten kann. Die gleiche Befugnis könnte die Muttergesellschaft analog § 770 II BGB haben, solange sich das Kreditinstitut durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Tochtergesellschaft befriedigen kann.

Diese Frage ist entsprechend dem Problem der dilatorischen Einreden zu beantworten². Das folgt daraus, daß in den Fällen der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit lediglich eine Gestaltungslage besteht, die Gestaltung selbst aber noch ungewiß ist (bei einer Gestaltung kämen die oben erörterten Regeln der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einwendungen zum Tragen). Diese Gestaltungsrechte können aber auch auf andere Art und Weise als durch Ausübung untergehen, erinnert sei an den Fristablauf bei der Anfechtung. Durch dieses Unsicherheitsmoment ist eine Ähnlichkeit zu den dilatorischen Einreden gegeben, da zumindest die Möglichkeit besteht, daß die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit nur ein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht einräumen. Dann gebietet aber die Funktionsbestimmung der Ausstattungsverpflichtung, daß die Muttergesellschaft die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit nicht geltend

1 Mosch, S. 240/241, kommt zu seiner abweichenden Annahme, weil für ihn bei der Ausstattungsverpflichtung "die Leistung nachholbar" ist; soweit er bei anderen Patronatsvarianten die Nachholbarkeit ablehnt, folgt er der hier vertretenen Auffassung und nimmt einen Ausschluß der Übertragung an; anderer Ansicht auch: Altenburger, S. 62; v. Westphalen, S. 205; Köhler, S. 1346; Obermüller, S. 27.

2 vgl. Mosch, S. 247.

machen kann¹.

Die Frage der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 I BGB hat aber auch insofern Bedeutung für die Ausstattungspflicht der Muttergesellschaft, als eine Ausstattung nur geschuldet ist, wenn eine Liquiditätsenge droht. Bei der Frage der Beurteilung der Liquiditätsenge ist die fällige Forderung der Tochtergesellschaft, gegen die das Kreditinstitut aufrechnen kann, mit einzubeziehen.

c) die Frage der Freigabe von Sicherheiten durch das Kreditinstitut.

Nachdem bereits oben die Übereinstimmungen zwischen Bürgschaft und Patronatserklärung bezüglich der analogen Anwendung des § 768 I 1 BGB diskutiert worden sind, kann hier kurz festgestellt werden, daß kein Grund ersichtlich ist, warum die Muttergesellschaft aus der Patronatserklärung I, Ausstattungsverpflichtung, nicht insoweit befreit werden sollte, als das Kreditinstitut für sich bestehende Sicherheiten nach Abgabe der Patronatserklärung aufgegeben hat und soweit die Muttergesellschaft aus diesen Sicherheiten Befriedigung hätte erlangen können².

Das Reichsgericht hat zudem sogar für einen Garantievertrag die entsprechende Anwendung des § 776 Satz 1 BGB gebilligt³. § 776 BGB ist daher analog auf die Ausstattungsverpflichtung anzuwenden⁴.

Nach Schraepler ist für das Freiwerden der Muttergesellschaft bei Sicherheiten, die die Tochtergesellschaft gestellt hat, entscheidend, ob die Freigabe zur Förderung der Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft gedacht

1 Mosch, S. 248, kommt wegen seiner konträren Auffassung bezüglich dilatorischer Einreden trotz gleichen Ansatzes zu einem anderen Ergebnis; anderer Ansicht wohl auch v. Westphalen, S. 205; offen gelassen von Köhler, S. 1346.

2 vgl. v. Westphalen, S. 204; Schraepler, S. 216.

3 vgl. RGZ 72, 138.

4 vgl. v. Westphalen, S. 204; Schraepler, S. 216; offen gelassen von Köhler, S. 1346.

und geeignet war, denn dann habe diese Maßnahme zugleich im Dienst der Entlastung der Muttergesellschaft gestanden und sei deshalb unschädlich¹. Man wird in der Praxis auch davon ausgehen können, daß eine solche Maßnahme im Konzern in der Regel abgestimmt ist².

Die ähnlich gelagerte Frage, wie sich eine Modifikation der Hauptforderung durch Erlaß, außergerichtlichen Vergleich oder gerichtlichen Zwangsvergleich auf die Patronatserklärung I auswirkt, muß unter dem Blickwinkel der hier zu untersuchenden Ausstattungskomponente dahingehend beantwortet werden, daß die Auswirkung auf die Ausstattungsverpflichtung nur von sekundärer Bedeutung ist. Das ergibt sich daraus, daß die Ausstattungsverpflichtung betragsmäßig variabel ist und nur davon abhängt, ob eine Illiquidität während der Laufzeit der Kreditverbindlichkeit droht oder nicht.

Demgemäß wirkt sich ein Erlaß der Hauptforderung dahingehend aus, daß eine Kreditverbindlichkeit nicht mehr besteht und demgemäß die Muttergesellschaft dem Kreditinstitut gegenüber nicht mehr zu einer Ausstattung der Tochtergesellschaft verpflichtet ist. Teilerlaß, außergerichtlicher Vergleich und gerichtlicher Zwangsvergleich mit der Folge der Reduzierung der Hauptforderung wirken nur mittelbar auf die Ausstattungsverpflichtung ein, da die Liquiditätslage der Tochtergesellschaft dadurch verändert wird und demgemäß der Bedarf der Tochtergesellschaft an Ausstattungsmitteln.

1 vgl. Schraepler, S.216.

2 Schraepler empfiehlt grundsätzlich die Einschaltung der Muttergesellschaft in Absprachen über den notleidenden Kredit oder die Sicherheitenfreigabe, vgl. Schraepler, S. 216.

d) die Verletzung banküblicher Sorgfalt

Schraepler erwähnt diese Einwendung der Muttergesellschaft¹. Eine bloße Mitverursachung² durch bankübliches, verschuldenfreies Verhalten des Kreditinstitutes berechtigt nicht zu einer Einwendung. Dies folgt aus der Interessenabwägung: regelt das Kreditinstitut das Kreditverhältnis im üblichen Rahmen und läßt sich trotzdem die Illiquidität der Tochtergesellschaft nicht aufhalten, so ist die Muttergesellschaft nicht zu dem Einwand berechtigt, das Kreditinstitut habe die schlechte finanzielle Lage der Tochtergesellschaft mit herbeigeführt. Eine Verletzung der banküblichen Sorgfalt aber berechtigt die Muttergesellschaft zu einer Einwendung bezüglich der Ausstattungspflicht. Natürlich kann in diesem Fall die Ausstattungspflicht selbst auch schon nicht gegeben sein, weil Illiquidität aus dem Grund nicht vorliegt, daß die Tochtergesellschaft mit einem ihr zustehenden Schadensersatzanspruch gegen das Kreditinstitut gegenüber der Kreditforderung aufgerechnet hat.

7. Die Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung

Zu unterscheiden ist die Erfüllung der einzelnen Ausstattungsverpflichtungen und das Erlöschen des Ausstattungs Dauerschuldverhältnisses.

a) die zeitabschnittsweise Erfüllung der einzelnen Ausstattungsverpflichtung.

Die Muttergesellschaft ist verpflichtet, bei jeder drohenden Liquiditätsenge taugliche Ausstattungsmittel zu leisten. Dabei fragt es sich, wann die Erfüllung der einzelnen Ausstattungsverpflichtung eintritt.

¹ vgl. Schraepler, S. 216 und 218.

² Soweit in dem Artikel von Schraepler nicht das Wort "Mitverursachung" sondern "Mitverschuldung" steht, handelt es sich um einen Druckfehler, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt!

Schneider vertritt die Ansicht, die Muttergesellschaft habe ihre Ausstattungsverpflichtung noch nicht erfüllt, wenn die der Tochtergesellschaft geleisteten Gelder von dieser nicht an das Kreditinstitut weitergeleitet oder von Drittgläubigern gepfändet worden seien¹. So ist wohl auch Gerth zu verstehen, der ausführt, der von der Muttergesellschaft geschuldete Effekt sei eine insolvenz-abwendende Kapitalausstattung und die Leistung der Tochtergesellschaft². Demgegenüber vertritt die herrschende Meinung die Ansicht, das Bereitstellen der Ausstattungsmittel bei der Tochtergesellschaft genüge zur Erfüllung³. Obermüller konzipiert eine vermittelnde These, wenn er meint, die Muttergesellschaft sei erst befreit, wenn die Ausstattungsmittel auch ihrer Bestimmung zugeführt, nämlich an das Kreditinstitut weitergeleitet werden können⁴.

Zuzustimmen ist jedoch der herrschenden Meinung. Dies folgt einerseits bereits aus dem Wortlaut der Patronats-erklärung I, die davon spricht, daß die Tochtergesellschaft ausgestattet wird, so daß sie in der Lage ist, zu erfüllen, und andererseits aber auch aus der Funktionsbestimmung als Liquiditätsversprechen. Danach hat die Muttergesellschaft immer dann (aber auch nur dann), wenn eine Liquiditätsnotlage droht oder besteht, Ausstattungsmittel zur Behebung zu leisten:

wenn bei der Tochtergesellschaft ausreichende Liquidität wieder vorhanden ist, hat die Muttergesellschaft ihre einzelne Ausstattungsverpflichtung für diesen Zeitraum der Liquiditätsnotlage auch erfüllt. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die Ausstattungsverpflichtung, die ja über den gesamten Zeitraum der

1 vgl. Schneider, S. 305.

2 vgl. Gerth, S. 147.

3 vgl. Stecher, S. 102; Mosch, S. 205; Rümker, S. 991; Müllhaupt, S. 114; von Gerth, S. 149, FN 1, offenbar als Mindermeinung angesehen.

4 vgl. Obermüller, S. 27.

Kreditlaufzeit besteht, als Dauerverpflichtung erloschen ist. Insofern ist es richtig, wenn in der Literatur betont wird, die Verpflichtung der Muttergesellschaft bestehe fort, wenn an die Tochtergesellschaft geleistet worden sei, die Rückzahlung des Kredites aber nicht geschehen sei¹. Diese bereits erörterte Nachschußpflicht der Muttergesellschaft resultiert aus dem Charakter der Patronatserklärung I als Dauerschuldverhältnis und bewirkt, daß in diesem Fall wegen der neu eingetretenen Liquiditätsnotlage eine neue einzelne Ausstattungsverpflichtung entstanden ist, die durch die Leistung der erforderlichen Ausstattungsmittel erfüllt wird². Denn Dauerschuldverhältnisse sind dadurch charakterisiert, daß bei Ihnen, solange sie andauern, die Verpflichtung zu einer Dauerleistung immer neu entsteht³.

Im übrigen ist bereits dargelegt worden, daß die Muttergesellschaft keine Verpflichtung trifft, die Weiterleitung der Ausstattungsmittel sicherzustellen⁴.

b) das Erlöschen des Ausstattungsdauerschuldverhältnisses
Das Ausstattungsdauerschuldverhältnis erlischt nicht schon dann, wenn die Muttergesellschaft eine einmalige Zahlung an die Tochtergesellschaft in Höhe des Darlehensbetrages und der Zinsen leistet⁵. Es erlischt wie alle Dauerschuldverhältnisse, wenn alle Leistungs-

1 vgl. Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Gerth, S. 149; Stellungnahme IdW, S. 1925; Erläuterungen IdW, S. 213; wobei zu ergänzen ist, daß auch dann noch eine Liquiditätsnotlage gegeben sein muß.

2 Insofern irrt Gerth, S. 149, FN 1 am Ende, wenn er meint, Stechers Ansicht, es sei lediglich Mittelbereitstellung geschuldet und trotzdem bestehe ein "Weiterleitungsrisiko" für die Muttergesellschaft, sei widersprüchlich; zur Ablehnung des Begriffes "Weiterleitungsrisiko", vgl. oben, S. 141.

3 vgl. Larenz, SchuR AT, § 19 II c.

4 vgl. oben, S. 145; zu den Konsequenzen, die die Annahme einer solchen Verpflichtung hätte, vgl. das Beispiel bei Stecher, S. 102.

5 vgl. oben, S. 139.

pflichten erfüllt oder sonst erloschen sind¹.

Daneben ist schon auf die spezielle Akzessorietät der Patronatserklärung I hingewiesen worden, daß das Erlöschen des Kreditschuldverhältnisses auch ein Erlöschen der Ausstattungsverpflichtungen zur Folge hat².

c) Auf die Frage, ob durch Dritteleistungen der Muttergesellschaft auf den Kreditvertrag gemäß § 267 BGB eine Erfüllung der einzelnen Ausstattungsverpflichtungen oder ein Erlöschen des Ausstattungsdauerschuldverhältnisses eintreten kann, wird im Rahmen der anschließenden Untersuchung der Dritteleistungsbefugnis der Muttergesellschaft eingegangen.

8. Die Dritteleistungsbefugnis der Muttergesellschaft auf die Kreditverbindlichkeiten der Tochtergesellschaft

a) die Tilgung fälliger Kreditraten

Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat im Jahre 1976 festgestellt, die Zahlung der fälligen Kredit- und Zinsraten werde in aller Regel durch die Muttergesellschaft direkt an das Kreditinstitut erfolgen, obwohl die Erklärung einen anderen Zahlungsweg vorsehe³.

Es stützt eine solche Befugnis der Muttergesellschaft unabhängig von § 267 BGB auf Treu und Glauben, worin das IdW der Meinung von Rümker folgt⁴.

Demgegenüber soll hier die Problematik der Dritteleistungsbefugnis gemäß § 267 BGB untersucht werden, weil diese vorrangig ist⁵.

1 vgl. Larenz, SchuR AT, § 19 II c.

2 vgl. oben, S. 152; auch Mosch, S. 207; Gerth, S. 149; Obermüller, S. 27.

3 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1925; Erläuterungen IdW, S. 213.

4 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1925, FN 7; Erläuterungen IdW, S. 213, FN 6; Rümker, S. 992.

5 vgl. auch Mosch, S. 210, FN 1 am Ende.

Eine Befugnis zu einer Direktleistung an das Kreditinstitut wäre für die Muttergesellschaft von großer Bedeutung, weil dadurch die Möglichkeit gegeben sein könnte, das Risiko aus der Patronatserklärung I auf den Kreditschuldbetrag zu begrenzen.

Die Muttergesellschaft wäre nur dann berechtigt, die fälligen Kreditraten gemäß § 267 BGB an das Kreditinstitut zu leisten, wenn sie "Dritter" im Sinne dieser Vorschrift wäre und es sich bei der Leistung nicht um eine höchstpersönliche handeln würde. Das Vorliegen der zweiten Voraussetzung kann ohne weiteres bejaht werden, da die Darlehensrückzahlung keine unvertretbare Leistung darstellt.

Dritter im Sinne des § 267 I 1 BGB ist nur derjenige, der mit dem Willen leistet, die Verpflichtung des Schuldners zu tilgen, nicht dagegen der, der in Erfüllung eigener Verbindlichkeiten gegenüber dem Gläubiger handelt¹. Deshalb ist der Bürge in der Regel nicht Dritter im Sinne der Vorschrift.

Trotz einiger Ähnlichkeiten der Patronatserklärung I mit der Bürgschaft ist die Anwendung des § 267 BGB auf die Ausstattungsverpflichtung aber möglich. Zum einen folgt das daraus, daß die Feststellung, der Bürge sei nicht Dritter im Sinne des § 267 BGB, nicht auf einem Rechtssatz fußt, sondern nur eine in der Regel interessengerechte Auslegungsregel darstellt. In der Regel interessengerecht daher, da der Bürge schon deshalb regelmäßig auf seine eigene Bürgschaftsverpflichtung zahlen will, um den Forderungsübergang der Hauptforderung gemäß § 774 BGB zu erreichen. Da ein Bürge bei einer Zahlung auf die Hauptschuld nur seine eigene Rechtsstellung schmälern würde, eine vergleichbare

1 vgl. BGH Z 46, 325; 75, 303; 42, 56.

Folge aber bei der Patronatserklärung I nicht eintritt, hilft diese Auslegungsregel nicht weiter. Andererseits sind Dritte in dem Sinne nur solche Personen, die die vom Gläubiger beanspruchte Leistung nicht selbst schulden, diesem nicht selbst auf Erfüllung haften¹. Die Muttergesellschaft ist zwar Schuldnerin des Kreditinstitutes, sie schuldet jedoch nicht die Rückzahlung des Darlehens, sondern die Ausstattung der Tochtergesellschaft im benötigten Umfang, also etwas anderes als der Bürge. Sie haftet im übrigen auch nicht auf Erfüllung, da sie lediglich die Übernahme der Haftung für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft versprochen hat.

Dann schadet es aber auch nicht, daß die Muttergesellschaft durch die Zahlung nicht nur die Kreditrückzahlungsverpflichtung der Tochtergesellschaft erfüllen will, sondern auch ihre eigene Patronatsverpflichtung zur Ausstattung der Tochtergesellschaft in dem Umfang, daß diese in Bezug auf die anstehenden Forderungen liquide ist. Denn wer mit einer Direktleistung nicht nur eine eigene, sondern gleichzeitig auch eine fremde Verbindlichkeit tilgen will, ist Dritter im Sinne des § 267 BGB². Dies muß umsomehr gelten, wenn wie hier, die fremde Verbindlichkeit gerade erfüllt wird, damit die eigene Verbindlichkeit erlöschen soll.

Eine solche Leistungsbestimmung ist für das Kreditinstitut auch erkennbar³, denn grundsätzlich ist die Muttergesellschaft zur Ausstattung der Tochtergesellschaft verpflichtet und gerade nicht zur Tilgung der fälligen Kredit- und Zinsraten⁴. Wenn die Muttergesellschaft gleichwohl eine solche Tilgung vornimmt, ist eine Drittleistung offensichtlich. Das muß

1 vgl. Esser/Schmidt, SchuR AT, Teilband 1, § 17 III 1.

2 vgl. BGH NJW 1964, 1899.

3 vgl. BGH NJW 1974, 1133.

4 Die Tilgung im Wege der Erfüllung der Haftungsübernahme ist hier unbeachtlich.

auch gelten, wenn die Muttergesellschaft, wie das IdW berichtet, die Kreditraten regelmäßig an das Kreditinstitut zahlt.

Die Muttergesellschaft ist daher befugt, die fälligen Zins- und Tilgungsraten gemäß § 267 BGB an das Kreditinstitut zu zahlen¹. § 267 II BGB dürfte in der Praxis kein Hinderungsgrund sein: einerseits kann die Muttergesellschaft in der Regel Einfluß auf die Tochtergesellschaft nehmen und so einen Widerspruch verhindern, andererseits wäre das Kreditinstitut trotz Widerspruchs der Tochtergesellschaft nicht gehindert, die Leistung anzunehmen und sich von seinem Interesse an einer ordnungsgemäßen Kreditrückführung leiten zu lassen^{2/3}.

Neben der Direktleistung gemäß § 267 BGB ist auch eine Direktleistung der Muttergesellschaft als Erfüllungsgehilfin beziehungsweise Vertreterin der Tochtergesellschaft möglich. Sie müßte dabei mit Wissen und Willen der Tochtergesellschaft beziehungsweise mit deren Vertretungsmacht handeln⁴.

1 vgl. v. Westphalen, S. 204; Obermüller, S. 27; Schaffland, S. 1022; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Bordt, S. 290; Schraepfer, S. 216; Gerth, S. 150; Mosch, S. 210; Stecher, S. 121; im Ergebnis wohl auch Rümker, S. 992, und Stellungnahme IdW, S. 1925 sowie Erläuterungen IdW, S. 213; auch Seiler, S. 23.

2 vgl. Mosch, S. 210; Stecher, S. 121.

3 Auf die Problematik einer Anfechtung nach § 30 Nr. 2 KO, wenn die Muttergesellschaft bei drohendem Konkurs auf die Kreditschuld der Tochtergesellschaft an das Kreditinstitut gem. § 267 BGB leistet, wird noch eingegangen, vgl. unten, S. 178.

4 vgl. Obermüller, S. 27; Mosch, S. 207, FN 4.

- b) Auswirkung der Drittleistung der Muttergesellschaft auf die Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung, wenn fällige Kreditraten beglichen werden.

Es fragt sich, ob die Muttergesellschaft durch eine Leistung gemäß § 267 BGB auf die Kreditverbindlichkeit auch ihre eigene Patronatsverpflichtung erfüllt. Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat die Meinung vertreten, das Kreditinstitut werde in der Regel bereit sein, zu bestätigen, daß die Muttergesellschaft ihre Verpflichtungen aus der Patronatserklärung auch dadurch abschließend erfüllen kann, daß sie die Raten unmittelbar an das Kreditinstitut zahlt¹. Damit scheint das IdW anzunehmen, daß durch Drittleistungen auch die Patronatsverpflichtung zur Ausstattung erfüllt wird. Mosch² vertritt wohl auch diese Ansicht, wenn er ausführt, die Muttergesellschaft könne ihr Risiko durch die Direktzahlung der Zins- und Tilgungsraten begrenzen. Fischer/Schaffland³ und Schaffland⁴ sowie Schraepler⁵ führen aus, bei einer Drittleistung gemäß § 267 BGB könne die Muttergesellschaft nicht in Anspruch genommen werden⁶. Zwar wird diese Meinung von den Autoren nicht begründet, sie ließe sich jedoch damit stützen, die ordnungsgemäße Abwicklung des Kreditvertrages sei auch dann für das Kreditinstitut sichergestellt, wenn die Muttergesellschaft regelmäßig die fälligen Kreditraten direkt an das Kreditinstitut zurückzahlt. Dies ist jedoch nicht zutreffend.

1 vgl. Stellungnahme IdW, S. 1925; Erläuterungen IdW, S. 212.

2 vgl. Mosch, S. 226, FN 1 am Ende.

3 vgl. Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38.

4 vgl. Schaffland, S. 1022.

5 Schraepler, S. 216, meint, die Muttergesellschaft könne sich so mehrfacher Beanspruchung entziehen.

6 Auch v. Westphalen, S. 204, scheint davon auszugehen, daß eine Zahlung der Muttergesellschaft gemäß § 267 BGB die Patronatsverpflichtung erfüllt.

Grundsätzlich erfüllt die Muttergesellschaft durch die Drittleistung nicht ihre Ausstattungspflicht aus der Patronatserklärung¹. Wenn sie einer allgemeinen Liquiditätsverschlechterung bei der Tochtergesellschaft nicht durch Leistung der benötigten Ausstattungsmittel gegensteuert, tritt eine Gefährdung für die vertragsgemäße Kreditrückführung auch dann ein, wenn die Muttergesellschaft regelmäßig gemäß § 267 BGB auf die Kreditverbindlichkeit zahlt. Dies ist insbesondere einsichtig, wenn die Tochtergesellschaft in Konkurs fällt.

Die Muttergesellschaft bleibt also grundsätzlich auch dann noch zur Ausstattung der Tochtergesellschaft verpflichtet, wenn sie regelmäßig Drittleistungen auf die Kreditschuld erbringt². Nur so kann der Zweck der Patronatserklärung, die ordnungsgemäße Kreditrückführung zu gewährleisten, erfüllt werden. Stecher erwähnt eine Ausnahme für den Fall, daß die Muttergesellschaft die letzte Kreditrate überhaupt zahlt³. Dies hat nämlich zur Folge, daß das Kreditschuldverhältnis erlischt und sich damit auch der Zweck des Patronatsvertrages erfüllt hat, mit der Folge, daß auch die Ausstattungsverpflichtung erloschen ist. Eine weitere Ausnahme ergibt sich noch daraus, daß die Muttergesellschaft zur Leistung von Ausstattungsmitteln nur verpflichtet ist, soweit sie benötigt werden, um einen drohenden Liquiditätsengpaß abzuwenden. Wenn aber der drohende Liquiditätsengpaß ausschließlich darauf beruht, daß eine Kreditrate aus diesem Kreditschuldverhältnis, das mit der Patronatserklärung I gesichert ist, fällig wird, so hat die Bezahlung der Rate im Wege der Drittleistung gleichzeitig für die Muttergesellschaft zur Folge, daß sie ihrer akuten Ausstattungsverpflichtung nicht mehr nachzukommen hat, denn diese ist dadurch erloschen. Insofern mag man sagen, daß in

1 So auch Stecher, S. 122; Gerth, S. 150.

2 vgl. Stecher, S. 123.

3 vgl. Stecher, S. 123.

diesem speziellen Fall durch die Drittleistung auch die Patronatsverpflichtung "erfüllt" ist. Im Normalfall bewirkt aber die Drittleistung immerhin, daß der Umfang der Ausstattungsverpflichtung reduziert wird; denn in dem Umfang, in dem die Muttergesellschaft die Kreditforderung des Kreditinstitutes tilgt, sinkt der Liquiditätsbedarf, den die Muttergesellschaft aufgrund der Patronatserklärung abzudecken hätte¹.

Damit ist gleichzeitig festgestellt, daß die Muttergesellschaft durch eine Leistung gemäß § 267 BGB nicht ihre Verpflichtung aus der Patronatserklärung auf die Höhe der Kreditschuld begrenzen kann, allerdings nur, soweit sie lediglich auf die fälligen Kreditraten leistet. Im folgenden Abschnitt ist zu untersuchen, ob eine solche Begrenzung durch die Tilgung auch noch nicht fälliger Kreditraten möglich ist.

c) die Tilgung nicht fälliger Kreditraten

Bei der Beurteilung dieser Frage ist zweierlei zu beachten:

einerseits ist bereits festgestellt worden, daß eine Begrenzung der Ausstattungsverpflichtung vom Umfang her auch nicht unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten gegeben ist, und daß die Muttergesellschaft ihre Patronatsverpflichtung regelmäßig nicht allein durch eine Leistung gemäß § 267 BGB auf die fällige Kreditrate erfüllen kann; andererseits kann die Muttergesellschaft ein vitales Interesse daran haben, das Kredit-

¹ Anders offenbar Stecher, S. 123, der ausführt, Drittzahlungen beeinflussten grundsätzlich direkt weder das Bestehen noch den Umfang der Patronatspflichten.

verhältnis zum Erlöschen zu bringen und wegen der speziellen Akzessorietät der Patronatserklärung I damit auch die ihr obliegende Ausstattungsverpflichtung. Die besondere Bedeutung einer so vonstatten gehenden Beendigung der Ausstattungsverpflichtung liegt darin, daß sie die einzige Möglichkeit darstellt, die Ausstattungspflicht vorzeitig zu beenden und so den Umfang der Alimentierung zu begrenzen. Insbesondere kann die Muttergesellschaft mangels Vereinbarung den Patronatsvertrag nicht kündigen¹ oder sich durch eine Veräußerung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft der Patronatsverpflichtung entziehen².

Da es der Muttergesellschaft in einer solchen Situation darauf ankommt, den Kredit möglichst kurzfristig zurückzuzahlen und nicht erst nach Ablauf einer sechsmonatigen Kündigungsfrist, ist die Möglichkeit, den Kredit gemäß § 247 BGB zu kündigen, in der Praxis nicht sehr hilfreich³.

Es fragt sich daher, ob nichtfällige Kreditraten von der Muttergesellschaft im Wege des § 267 BGB getilgt werden können, ob also der Kredit gegebenenfalls vorzeitig und kurzfristig zurückgeführt werden darf.

1 vgl. Stecher, S. 129.

2 vgl. unten, S. 224.

3 Stecher, S. 124, bringt dazu das Beispiel, daß der Kredit zum großen Teil schon ordnungsgemäß zurückgezahlt worden ist, die weitere Liquiditäts- und Unternehmensentwicklung der Tochtergesellschaft aber besorgniserregend erscheint und die Muttergesellschaft durch volle Befriedigung des Kreditinstitutes -als dem kleineren Übel gegenüber ausreichender Alimentierung der Tochtergesellschaft- wenigstens einen Teil ihrer Reputation in Bankkreisen retten will; dazu gibt § 247 BGB wegen der relativ langen Kündigungsfrist aber keine wirksame Hilfestellung.

Daß die Muttergesellschaft nichtfällige Kreditraten an das Kreditinstitut zurückführen darf, setzt zunächst voraus, daß die Tochtergesellschaft ihrerseits vorzeitig den Kredit tilgen darf. Soweit im Kreditvertrag eine entsprechende Vereinbarung zwischen Tochtergesellschaft und Kreditinstitut enthalten ist, ergeben sich keine besonderen Probleme. Fehlt eine solche Absprache, könnten sich Bedenken ergeben.

Im BGB fehlt in den darlehensvertraglichen Bestimmungen eine ausdrückliche Regelung dieser Situation. Anhaltspunkt könnte § 609 III BGB sein, der bestimmt, daß, wenn Zinsen nicht bedungen sind, der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt ist.

Mosch hat hieraus den Umkehrschluß gezogen, § 609 III BGB enthalte ein Verbot vorzeitiger Erfüllbarkeit verzinslicher Darlehen. Für eine Anwendung dieser Vorschrift bestehe aber dann kein Bedarf, wenn im Einzelfall die darin geschützten Gläubigerinteressen auch bei vorzeitiger Rückzahlung ausreichend berücksichtigt würden, was gegeben sei, wenn der Schuldner die bis zur Fälligkeit des Kredites anlaufenden Zinsen und Provisionen mitentrichte¹. Ballhaus im RGRK meint, § 609 III BGB sei zu entnehmen, daß bei einem auf bestimmte Zeit gewährten verzinslichen Darlehen eine vorzeitige Tilgung nicht zulässig sei, auch nicht nach Kündigung². Lippisch ist der Ansicht, eine vorzeitige Tilgung eines verzinslichen Darlehens sei selbst dann ausgeschlossen, wenn die Zinsen bis zum nächsten

¹ vgl. Mosch, S. 222 und S. 224/225.

² vgl. RGRK/Ballhaus, BGB, § 609, Anm. 32; soweit sich Ballhaus zur Begründung auf OGHZ 2, 416, stützt, führt dies nicht weiter, da es diese Fundstelle nicht gibt!

Kündigungstermin gezahlt oder hinterlegt würden¹.

Soweit § 609 III BGB festlegt, bei einem unverzinslichen Darlehen sei der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt, kann daraus nicht der Umkehrschluß folgen, bei einem verzinslichen Darlehen sei eine vorzeitige Tilgung generell nicht möglich. Ein Umkehrschluß könnte allenfalls dahin gehen, daß bei einem verzinslichen Darlehen eine vorzeitige Rückführung nur nach einer Kündigung möglich sei. Damit wäre aber noch nicht die Frage beantwortet, ob eine Kündigung in dem Fall, daß alle Zinsen und Provisionen mitgezahlt würden, erfolgen dürfte oder nicht und wenn ja, mit welcher Frist. Die Frage der vorzeitigen Rückführbarkeit kann daher nicht über einen Umkehrschluß zu § 609 III BGB gelöst werden².

Auszugehen ist vielmehr von dem Grundsatz des § 271 II BGB, wonach ein Schuldner im Zweifel jederzeit, also grundsätzlich auch vorzeitig erfüllen darf. Wenn also eine Leistungszeit bestimmt ist, bedeutet dies, daß im Zweifel nur die Fälligkeit hinausgeschoben ist, nicht aber die Erfüllbarkeit. Zweifel ergeben sich hier aber daraus, daß das verzinsliche Darlehen ein Dauerschuldverhältnis ist, bei dem die Zinspflicht eine Vergütung als Gegenleistung für die Hingabe und Belassung des Kapitals darstellt³. Daraus folgt, daß eine vorzeitige

1 vgl. Soergel/Lippisch, 10. Aufl., BGB, § 609, Rdn. 12; soweit er auf Wilde in RGRK BGB, 11. Auflage, § 609, Anm. 10, zur Begründung verweist, ist dies unklar, da Wilde nicht erörtert, ob ein Verbot vorzeitiger Rückzahlung auch gelten soll, wenn der Schuldner die Restzinsen zusätzlich anbietet; Soergel/Lippisch/Häuser, 11. Aufl., BGB, § 609, Rdn. 14, ist wegen eines redaktionellen Versehens unbrauchbar (Verweis zur Begründung auf Reichel in AcP 136, S. 193 ist falsch.).

2 So auch Stecher, S. 126.

3 vgl. Larenz, SchuR BT, § 51 III.

Rückführung des verzinslichen Darlehens grundsätzlich die Gläubigerinteressen gefährdet. Denn der Gläubiger hat sich darauf eingerichtet, für die Laufzeit des Darlehens ein bestimmtes Entgelt zu erhalten. Er würde die Gefahr dafür tragen, daß eine neue Darlehensherauslegung entweder überhaupt nicht möglich oder aber nur zu schlechteren Konditionen durchführbar ist. Dem Darlehensgeber steht daher ein berechtigtes Interesse zur Seite, daß die Laufzeit des Kredites eingehalten wird¹. Daraus ergibt sich, daß im Falle des verzinslichen Darlehens auch die Erfüllungbarkeit hinausgeschoben sein muß², jedenfalls grundsätzlich³. Aus diesem Gedankengang folgt aber ebenfalls, daß dann, wenn die Gläubigerinteressen nicht gefährdet sind, der Gläubiger kein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der Laufzeit haben kann. Für diesen Fall bleibt es bei der Regelung des § 271 II BGB, so daß der Darlehensschuldner dann zu einer vorzeitigen Rückführung berechtigt ist, wenn der Gläubiger keinen Zinsverlust hinzunehmen hat⁴.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Protokolle zum BGB gestützt⁵. Man entschloß sich nicht dazu, eine spezielle Auslegungsregel des Inhaltes vorzuschlagen, daß bei einem verzinslichen Darlehen die Feststellung eines vom Schuldner einzuhaltenden Tilgungsplanes im Zweifel als sein Verzicht auf das Recht der vorzeitigen

1 Kündigungsmöglichkeiten, auch § 247 BGB, sollen außer Betracht bleiben.

2 vgl. Erman/Schopp, BGB, § 609, Anm. 10; Soergel/Lippisch, 10. Aufl., § 609, Rdn. 12; BGH/Ballhaus, BGB, 12. Aufl., § 609, Rdn. 32; BGHZ 42, 305; 64, 254.

3 So ausdrücklich Staudinger/Selt, BGB, § 271, Rdn. 11.

4 vgl. Reichel, AcP 156, 193; Stecher, S. 127; Mosch, S. 224; Gerth, S. 150, FN 2; Staudinger/Biedel, 11. Aufl., BGB, § 609, Rdn. 4; anderer Ansicht: Soergel/Lippisch, 10. Aufl., BGB, § 609 Rdn. 12.

5 vgl. Protokolle II, S. 44 ff.

Rückzahlung des Darlehens zu werten sei¹. Man sah die allgemeine Auslegungsregel, die dem heutigen § 271 II BGB entsprach, als ausreichend an und wollte diese nicht durch eine zweite im entgegengesetzten Sinn abschwächen². Zu erörtern ist allerdings noch, ob im Fall einer vorzeitigen Kreditrückführung eine Kündigung erfolgen soll. Auf den ersten Blick erscheint diese Fragestellung systemwidrig, da durch eine Kündigung ebenso wie durch Ablauf der vereinbarten Laufzeit das Darlehen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung beziehungsweise der Beendigung der Laufzeit zur Rückzahlung fällig wird³. Diese Fälligkeit hätte dann aber zur Folge, daß Erfüllbarkeit und Fälligkeit nicht mehr auseinanderfallen würden, mithin auch keine vorzeitige Rückzahlung mehr vorläge⁴. Die Frage der Kündigung wird aber dann virulent, wenn es um die Höhe des auszugleichenden Zinsverlustes geht. Der Darlehensschuldner hat ja als Pendant zu seiner vorzeitigen Rückführungsmöglichkeit dem Darlehensgeber den gesamten Zinsverlust für die Laufzeitverkürzung zu ersetzen. Dieser kann bis zum Ablauf der im Kreditvertrag bestimmten Laufzeit zu berechnen sein, wenn eine Kündigung vor diesem Ablauftermin nicht möglich ist. Ist eine Kündigung jedoch zulässig⁵, so berechnet sich der Zinsverlust nur bis zu dem Ablauf der nächsten Kündigungsfrist⁶. Nur aus diesem eigenen Interesse heraus hat also der Darlehensschuldner, soweit möglich, eine Kündigung zu erklären.

1 vgl. Prot. II, S. 45.

2 vgl. Prot. II, S. 46.

3 vgl. Erman/Schopp, BGB, § 609, Rdn. 10.

4 anderer Ansicht wohl Stecher, S. 127/128.

5 An § 247 BGB sei erinnert.

6 vgl. Staudinger/Riedel, 11. Aufl., BGB, § 609 Rdn 4; Mosch, S. 225.

Davon abgesehen wird es einem üblichen Geschäftsgebahren entsprechen, wenn der Darlehensgläubiger einen die Zahlung begleitenden Tilgungsvermerk mit den entsprechenden Hinweisen enthält.

Damit ist zunächst nur festgestellt, daß die Tochtergesellschaft zu einer vorzeitigen Rückführung des Kredites berechtigt ist, wenn sie den dem Kreditinstitut entstehenden Zinsausfall ersetzt¹.

Zu klären ist aber noch, ob auch die Muttergesellschaft berechtigt ist, als Dritte gemäß § 267 BGB nicht fällige Kreditraten oder, für sie von größerem Interesse, die gesamte Kreditrestschuld zu tilgen.

Zweifel könnten sich daraus ergeben, daß die Patronatserklärung I die ordnungsgemäße Abwicklung des Kreditverhältnisses für die Dauer der üblicherweise vertraglich vereinbarten Laufzeit sichern soll. Daraus könnte geschlossen werden, die Muttergesellschaft dürfe eine vorzeitige Beendigung des Kreditverhältnisses auch dann nicht vornehmen, wenn das Kreditinstitut dabei keinerlei Zinsverlust erleide. Dies umsomehr, weil die Muttergesellschaft damit auch ihre Patronatsverpflichtung vorzeitig beenden könnte.

1 Mosch, S. 225 mit FN 1, hat darauf hingewiesen, daß das Kreditinstitut durch die vorzeitige Wiederanlage des Kapitals ein zweites Mal Zinsen verdienen kann und sich diese zusätzlichen Einnahmen nicht der Muttergesellschaft gegenüber anrechnen zu lassen braucht, da der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung auf der Primärleistungsebene keine Anwendung findet; so auch Gerth, S. 150, FN 2, und Stecher, S. 128; vgl. auch Cantzler, AcP 156, 31; Enneccerus/Lehmann, SchuR, § 17 II 1a, S. 87; RGZ 80, 155; Staudinger/Medicus, BGB, Vor § 249, Anm. 103; interessant der Lösungsversuch bei Heck, Sachenrecht, § 91, S. 382, über das Instrument der Zweckerreichung, wenn eine Befriedigung der Vermögensinteressen mit der vereinbarten Vermögensvermehrung erreicht ist.

Eine solche Forderung wäre jedoch von keinerlei berechtigtem Interesse des Kreditinstitutes gedeckt. Ihm kommt es lediglich darauf an, bei einem ihm betriebswirtschaftlich sinnvoll, im übrigen aber vielleicht riskant erscheinenden Kreditgeschäft keinen Ausfall zu erleiden. Dieses Interesse wird durch die Zinsausgleichsverpflichtung gewahrt. Ein darüberhinausgehendes Interesse an einer Alimentierung der Tochtergesellschaft kann aber, so überhaupt vorhanden, kein berechtigtes Interesse des Kreditinstitutes mehr darstellen, zumal der Wortlaut der Patronatserklärung I ausdrücklich auf den dann getilgten Kredit Bezug nimmt und die Dauer der Patronatsverpflichtung an die vollständige Rückzahlung des Kredites knüpft.

Die Muttergesellschaft ist daher berechtigt, gemäß § 267 BGB nichtfällige Raten beziehungsweise die Kreditrestschuld zu tilgen¹.

Gleichzeitig kann damit die Muttergesellschaft die Ausstattungsverpflichtung zum Erlöschen bringen und so ihre Pflicht zur Ausstattung vom Umfang her begrenzen, wenn sie die gesamte Kreditrestschuld einschließlich Nebenkosten und Zinsausfall begleicht².

d) Leistung gemäß § 267 BGB und Konkursanfechtung
Soweit die Muttergesellschaft eine Leistung gemäß § 267 BGB auf die Kreditschuld der Tochtergesellschaft bewirkt und gleichzeitig die zeitlichen Voraussetzungen des § 30 Nr. 2 KO zutreffen, fragt es sich, inwieweit darin eine anfechtbare Handlung im Sinne des § 30 Nr. 2 KO zu sehen ist.

1 Ebenso Stecher, S. 129; Mosch, S. 225; Gerth, S. 150, FN 2.

2 vgl. Stecher, S. 129; Mosch, S. 226.

Daß hier die Muttergesellschaft handelt und nicht der Gemeinschuldner, ist im Rahmen des § 30 Nr. 2 KO unschädlich, denn diese Vorschrift verlangt nicht eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners¹. Die inkongruente Deckung könnte darin zu sehen sein, daß die Ausstattungsverpflichtung keine Zahlung an das Kreditinstitut vorsieht, das Kreditinstitut mithin auch keinen Anspruch auf Erfüllung der Kreditverbindlichkeit hat.

Dies kann hier jedoch dahinstehen, da das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung auf jeden Fall fehlt. Dieses Erfordernis gehört zu allen Anfechtungstatbeständen, also auch zu § 30 Nr. 2 KO, und erfordert, daß die Konkursgläubiger in ihrer Gesamtheit objektiv benachteiligt sind². Die Benachteiligung kann entweder in einer Verminderung der Aktivmasse oder in der Vermehrung der Passivmasse liegen³.

Eine Verminderung der Aktivmasse liegt nicht vor, weil einerseits die Muttergesellschaft die Mittel zur Befriedigung des Kreditinstitutes entweder unmittelbar selbst aufbringt oder von unbeteiligten Dritten für ihre Rechnung aufbringen läßt (und damit gerade nicht als Erfüllungsgehilfin oder Vertreterin der Tochtergesellschaft handelt), andererseits die Tochtergesellschaft keinen eigenen Anspruch auf Leistung einer Ausstattung, und sei es einer hier vorliegenden mittelbaren "Ausstattung", hat, da der Patronatsvertrag kein echter Vertrag zugunsten Dritter ist⁴.

1 vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung, § 30 Rdn 32.

2 vgl. BGHZ 28, 347; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 29 Rdn 19 und § 30 Rdn 21 und 33; Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rdn 795 und 797.

3 vgl. Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rdn 797; Schönke/Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, § 64 II 2a.

4 vgl. oben, S. 120.

Es tritt auch keine Vermehrung der Passivmasse ein. In Betracht käme allenfalls eine der Muttergesellschaft wegen der Drittleistung zustehende Regreßforderung gegen die Tochtergesellschaft. Abgesehen davon, daß die Muttergesellschaft auf den Regreßanspruch auch verzichten könnte, was eine Verminderung der Schuldenmasse zur Folge hätte, würde eine Anmeldung der Regreßforderung zur Tabelle gemäß §§ 138 ff KO lediglich eine Auswechslung von zwei Konkursforderungen bedeuten: der Regreßanspruch würde an die Stelle der durch Erfüllung erloschenen Kreditverbindlichkeit treten, wobei beide Forderungen wegen des Spiegelbildcharakters die gleiche Höhe hätten. Da die Höhe der Schuldenmasse gleichbleiben würde, wäre keine Benachteiligung der Gläubiger zu verzeichnen. Eine Konkursanfechtung gemäß § 30 Nr. 2 KO würde daher nicht durchgreifen¹.

9. Die Problematik der Erfüllungsklage auf Ausstattung

Es ist bereits im Laufe der Arbeit angesprochen worden, daß eine Erfüllungsklage bezüglich der Ausstattungsverpflichtung nicht möglich ist². Dies soll im folgenden Abschnitt näher dargelegt werden.

Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen hat darauf hingewiesen, daß § 18 Satz 1 KWG auch eine laufende Überprüfung des Kreditnehmers während der gesamten Dauer des Kreditverhältnisses erfordert, weil das Kreditinstitut die wirtschaftliche Entwicklung des Kreditnehmers kennen und beobachten muß³. Wenn das Kreditinstitut bei

1 vgl. Gerth, S. 184.

2 vgl. oben, S. 87.

3 vgl. Mitteilungen Nr. 1/62 vom 30.10.1982, abgedruckt bei Conbruch/Möller/Bähre/Schneider, Nr. 4/19.

einer solchen Überprüfung der Kreditwürdigkeit der Tochtergesellschaft eine drohende Insolvenz diagnostiziert, stellt sich die Frage, ob das Kreditinstitut den ihm zustehenden Erfüllungsanspruch auf Ausstattung auch gerichtlich durchsetzen kann, um so zu erreichen, daß die Tochtergesellschaft liquide gehalten wird und das Kreditverhältnis im normalen Rahmen abgewickelt werden kann.

Diese Frage wird in der Literatur konträr beantwortet. Die Mehrzahl der Autoren bejaht die Möglichkeit einer Erfüllungsklage, zum Teil unter Hinweis auf ein Wahlschuldverhältnis¹, zum Teil ohne Begründung²; Stecher kommt zur Annahme der Möglichkeit einer Erfüllungsklage, weil er im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu einer Reduzierung der Ausstattungsverpflichtung auf eine Barzahlung im Bedarfsfall gelangt³. Einige Autoren stehen einer Erfüllungsklage skeptisch gegenüber, halten diese für kaum möglich⁴ oder nur schwerlich realisierbar⁵. Soweit ersichtlich wird die Erfüllungsklage nur von zwei Autoren abgelehnt: Gerth lehnt ein Wahlschuldverhältnis ab und meint, eine bestimmte Leistung sei nicht geschuldet und damit ein nach Art und Umfang bestimmter Klageantrag nicht formulierbar⁶; Köhler nimmt zwar ein Wahlschuldverhältnis an, hält aber gleichwohl einen bestimmten Klageantrag nicht für möglich⁷.

1 vgl. Schaffland, S. 1023; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; wohl auch v. Westphalen, S. 205, der von Ersetzungsbefugnis spricht, aber anscheinend keine facultas alternativa meint.

2 vgl. Kamprad, S. 327; Schütz, Bankgeschäfl. Formularbuch, S. 425; Falter, S. 521; Möser, S. 1471.

3 vgl. Stecher, S. 99/100.

4 vgl. Obermüller, S. 29.

5 vgl. Müllhaupt, S. 114; Jährig/Schuck, S. 301; Schneider, S. 305: "a fairly impractical thing".

6 vgl. Gerth, S. 146/147.

7 vgl. Köhler, S. 1345.

§ 253 II Nr. 2 ZPO verlangt, daß die Klageschrift einen bestimmten Antrag enthalten muß. Ein Antrag ist bestimmt, wenn er erkennen läßt, welchen Rechtsschutz der Kläger begehrt und in welchem Umfang¹.

Grund für dieses Erfordernis ist zunächst die Dispositionsmaxime, die die Durchführung der Klage der Parteiherrschaft unterwirft, mithin also der Privatautonomie Vorrang einräumt². Das Gericht ist daher an den Klageantrag gebunden und darf ihn nicht von sich aus konkretisieren³. Der bestimmte Antrag ist weiterhin aus verfahrenstechnischen Gründen notwendig, da der Umfang des Begehrens auch für Verfahrensentscheidungen maßgeblich ist⁴. Es ist aber zudem notwendig, daß der Antrag einen vollstreckungsfähigen Inhalt besitzt, denn der präzise Inhalt einer Klage ist im Erkenntnisverfahren zu finden und nicht erst in der Zwangsvollstreckung⁵. Weiterhin wird der Beklagte durch das Bestimmtheitserfordernis geschützt; er muß wissen, was auf ihn zukommt, um entsprechend reagieren zu können⁶.

Daraus ergibt sich, daß relativ strenge Anforderungen an das Bestimmtheitserfordernis des § 253 II Nr. 2 ZPO zu stellen sind.

Diesen Anforderungen kann aber ein Klageantrag auf Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung der Patronats-erklärung I nicht genügen⁷.

1 vgl. Rosenberg/Schwab, ZPO, § 98 II 3a; Schönke/Kuchinke, ZPO, § 41 II, 1c; Zöllner, ZPO, § 253, Anm. II 2b cc.

2 vgl. Schönke/Kuchinke, ZPO, § 41 II 1c u. § 8 I 4; Rosenberg/Schwab, ZPO, § 79 I.

3 vgl. Nikisch, ZPO, § 50 I 1; Zöllner, ZPO, § 308, Anm. II 1.

4 vgl. Schönke/Kuchinke, ZPO, § 41 II 1c.

5 vgl. Zöllner, ZPO, § 253 Anm. II 2b cc; Stein/Jonas, ZPO § 253 III 2a

6 vgl. Schönke/Kuchinke, ZPO, § 41 II 1c; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 253, Anm. 5 B.

7 Schröder, S. 559, läßt die verschiedenen Ausstattungsmodalitäten außer acht und hält es für zulässig, die Bank "auf Ausstattung" zu verklagen.

Auszugehen ist von der bereits getroffenen Feststellung, daß ein Wahlschuldverhältnis sui generis bezüglich der Ausstattungsverpflichtung gegeben ist¹. Das berechtigt jedoch noch nicht zu der Annahme, daß damit auch schon ein bestimmter Klageantrag formulierbar, eine Erfüllungsklage also möglich sein muß². Zu untersuchen ist vielmehr, welche Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrages bei einer Wahlschuld zu richten sind und ob die Erfüllung dieser Anforderungen bei der vorliegenden Wahlschuld sui generis denkbar ist.

Das Bestimmtheitserfordernis verlangt bei Wahlschulden, daß alles, was zur Wahl gestellt ist, in den Klageantrag aufzunehmen ist³. Dabei muß das, was zur Wahl gestellt ist, substantiiert dargelegt werden⁴.

Einerseits ist bereits bei der Erörterung der Wahlschuld sui generis festgestellt worden, daß in Abweichung von der typischen Wahlschuld bei der Ausstattungsverpflichtung nicht nur die eine oder die andere Leistung geschuldet wird, sondern daß im Bedarfsfall auch mehrere Leistungen gleichzeitig geschuldet werden können, also die eine und die andere Leistung⁵. Andererseits hat die Diskussion der Ausstattungs mittel gezeigt, daß diese eine breite Palette umfassen und auch untereinander kombinierbar sind⁶.

1 vgl. oben, S. 138; a.A. Gerth, S. 146, der bereits deshalb eine Erfüllungsklage für nicht möglich hält; Schröder, S. 560.

2 Anderer Ansicht: Schaffland, S. 1023; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; v. Westphalen, S. 205.

3 vgl. Wieczorek, ZPO, § 253, Anm. G III a 4; auch das RG ist wohl in diesem Sinne zu verstehen: in JW 1896, 655 hat es ausgeführt, daß bei einer alternativen Obligation mit Wahlmöglichkeit des Klägers die anderen Gegenstände, welche der Kläger fordern könnte, aber nicht gewählt hat, und die in Betreff dieser anderen Gegenstände möglichen Streitpunkte von dem Prozeß ausgeschlossen bleiben; daraus darf wohl geschlossen werden, daß nach Meinung der RG dann, wenn der Beklagte das Wahlrecht hat, alle Gegenstände anzugeben sind; vgl. Beispiel für Antrag bei Seiler, S. 26.

4 vgl. Zöller, ZPO, § 253, Anm. II 2 b cc.

5 vgl. oben, S. 137 und auch S. 130.

6 vgl. oben, S. 130; so auch Gerth, S. 146.

Daraus ergibt sich, daß das Kreditinstitut im Klageantrag sämtliche Erfüllungsmittel nebst aller möglichen Kombinationen aufzuführen hätte. Diese Leistungsalternativen sind jedoch nicht aufzählbar¹.

Deneben ist aber auch der mit der Klage angestrebte Leistungserfolg -finanziell so ausgestattet zu sein, daß alle Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem durch die Patronatserklärung gesicherten Kredit erfüllt werden können-, der den Umfang der eingeklagten Ausstattungsmittel bestimmt, nicht zuverlässig meßbar.

Soweit Stecher² einwendet, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung reduziere sich die Ausstattungsverpflichtung auf eine Barzahlungspflicht für den Fall, daß die Muttergesellschaft trotz der ihr eingeräumten Vergünstigung der diversen Erfüllungsmöglichkeiten im Bedarfsfall nicht ausstattet, kann dem nicht zugestimmt werden. Gerth hat zu Recht darauf hingewiesen, daß eine ergänzende Vertragsauslegung bei Beurteilung dieses Sachverhaltes methodisch nicht zulässig ist³. Voraussetzung dafür wäre die Feststellung, daß der Patronatsvertrag eine der Auslegung zugängliche Lücke enthalte⁴. Eine Lücke liegt aber nicht immer schon dann vor, wenn in einem Vertrag ein Punkt nicht geregelt ist. Von einer die ergänzende Vertragsauslegung rechtfertigenden Lücke kann nur dann gesprochen werden, wenn die Parteien ein Rechtsverhältnis abschließend regeln wollten, bestimmte regelungsbedürftige Fragen aber offengelassen haben⁵. Daran fehlt es, wenn die Regelungsbedürftigkeit einer Frage wohl gesehen worden ist, von

1 Ebenso Köhler, S. 1345; Gerth, S. 146; zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, daß die Ankündigung der Muttergesellschaft, ein bestimmtes Ausstattungsmittel leisten zu wollen, nicht die Wirkung hat, daß die Muttergesellschaft daran gebunden wäre und somit auch nur noch dieses Ausstattungsmittel schuldete, vgl. oben, S. 136 mit FN 1.

2 vgl. Stecher, S. 99

3 vgl. Gerth, S. 148.

4 vgl. Soergel/Knopp, BGB, § 157 Rdn. 112.

5 vgl. Soergel/Knopp, BGB, § 157 Rdn. 113.

ihrer Regelung jedoch bewußt Abstand genommen und damit eine negative Entscheidung getroffen worden ist¹.

Durch die Vereinbarung eines solchen Patronatswortlautes, der von kundigen Vertragspartnern nebst Beratern ausgehandelt worden ist, haben Kreditinstitut und Muttergesellschaft zum Ausdruck gebracht, daß der Erfüllungsmodus gerade nicht geregelt werden sollte². Diese negative Entscheidung verbietet die Anwendung der ergänzenden Vertragsauslegung.

Es ist daher festzustellen, daß ein bestimmter Klageantrag nicht gestellt werden kann³. Eine Klage auf Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung ist demzufolge nicht möglich⁴.

B) Haftungsübernahme

1. Schuldgegenstand

Aufgrund der zweiten Komponente der Patronatserklärung I, der Haftungsübernahme, ist die Muttergesellschaft verpflichtet, dem Kreditinstitut für eine eventuell eintretende Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft einzustehen⁵. Die Übernahme der Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bedeutet dabei ein Einstehen für die Güte der Forderung⁶. Damit liegt eine garantieähnliche Verpflichtung vor, die auf Schadloshaltung des Gläubigers bei Nichteintritt des Er-

1 vgl. BGH WM 1965, 744; 1965, 1285; Staudinger/Dilcher, BGB, §§ 133, 157 Rdn. 41.

2 vgl. Gerth, S. 148.

3 vgl. Köhler, S. 1345; Gerth, S. 147, kommt bei verändertem Ausgangspunkt ebenfalls zu diesem Ergebnis; Jährg/Schuck, S. 301, und Obermüller, S. 29, tendieren im Ergebnis auch in dieser Richtung, da sie zur Begründung ihrer Ansicht die Vielfalt der Ausstattungsmittel angeben; ebenso Seiler, S. 29, die einen Lösungsweg über § 315 BGB sucht.

4 vgl. Köhler, S. 1345; im Ergebnis ebenso Gerth, S. 147.

5 vgl. oben, S. 92.

6 vgl. Staudinger/Köhler, BGB, § 438, Rdn. 3; Erman/Jeitner, BGB, § 438, Rdn. 3.

folges geht¹. Primärer Leistungsgegenstand ist die Leistung von Schadensersatz². Diese Verpflichtung erfordert kein Verschulden der Muttergesellschaft und richtet sich nach den Grundsätzen des Schadensersatzrechtes auf Leistung von Geld³.

2. Fälligkeit der Leistung

Der Leistungsanspruch aus der Haftungsübernahme ist fällig, wenn die Tochtergesellschaft bei Fälligkeit der Forderung aus dem Kreditvertrag nicht über die liquiden Mittel verfügt, um die Forderung des Kreditinstitutes zu erfüllen⁴. Dabei sind grundsätzlich zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden.

Einerseits werden die einzelnen Kreditraten nach einem kalendermäßig bestimmten Zahlungsplan fällig und die Tochtergesellschaft kann mangels liquider Mittel hinsichtlich einer einzelnen Rate in Verzug geraten. Andererseits ist das Kreditinstitut gemäß Ziffer 17 AGB-Banken beziehungsweise Ziffer 13 Absatz 2 AGB-Sparkassen berechtigt, bei einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögenslage der Tochtergesellschaft oder einer erheblichen Vermögensgefährdung den Kreditvertrag fristlos zu kündigen, was eine sofortige Fälligkeit des Darlehensrestkapitals einschließt⁵. Auch mit der Begleichung dieser Forderung kann die Tochtergesellschaft mangels liquider Mittel in Verzug geraten. Wenn die Tochtergesellschaft aus Mangel an Zahlungsmitteln nicht in der Lage ist, die jeweilige Forderung des

1 vgl. BGH WM 61, 206; Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdn. 27.

2 vgl. Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdn. 27; Boetius, Der Garantievertrag, S. 20.

3 vgl. Köhler, S. 1346; Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdn. 27; BGH WM 61, 206; BGH DB 68, 1125; Boetius, S. 25.

4 vgl. Köhler, S. 1346.

5 vgl. Ziffern 18 AGB-Banken, 13 III AGB-Sparkassen sowie Gerth, S. 161.

Kreditinstitutes zu erfüllen, wird der Leistungsanspruch aus der Haftungsübernahme fällig. Dabei liegt Zahlungsunfähigkeit schon dann vor, wenn die Tochtergesellschaft nur in Raten zahlen kann¹.

3. Umfang der Leistung

a) Maßgeblichkeit der Schadenshöhe

Auf den Umfang der Verpflichtung zur Schadloshaltung sind die Grundsätze des Schadensersatzrechtes anzuwenden. Dies gilt jedoch nur grundsätzlich, der Inhalt des Patronatsvertrages, unter Umständen in Verbindung mit Auslegungsgrundsätzen, hat vorrangig zu sein. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen: der Anspruch des Kreditinstitutes aus der Haftungsübernahme ist ein primärer Leistungsanspruch auf Ausgleichung eines entstehenden Schadens; der übliche Anspruch auf Schadensersatz ist aber eine sekundäre Ersatzpflicht, die sich aus der Verletzung einer primären Leistungspflicht ergibt. Aus diesem Unterschied können sich Konsequenzen für die Beurteilung der Anwendbarkeit der Regeln des Schadensersatzrechtes ergeben. Die Haftungsübernahme soll das Kreditinstitut von Nachteilen freistellen, die ihm durch die Nichtverwirklichung seines Interesses an der Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft entstehen; es entspricht damit dem Sinn der Haftungsübernahme, das Kreditinstitut wegen aller sich aus der Nichtverwirklichung des Interesses sich entwickelnden Nachteile freizustellen: die Haftungsübernahme ist daher grundsätzlich so auszulegen, daß damit der gesamte dem Kreditinstitut entstehende Schaden abgedeckt ist². Der Leistungsumfang wird daher durch die Höhe des dem Kreditinstitut entstehenden Schadens bestimmt.

1 vgl. Staudinger/Köhler, BGB, § 438, Rdn. 8.

2 vgl. Boetius, S. 29f.

Anknüpfend an die Unterscheidung bei der Frage der Fälligkeit der Haftungsleistung können damit auch hier zwei Grundfälle unterschieden werden: erstens, die Tochtergesellschaft vermag eine fällige Kreditrate mangels Liquidität nicht zu bezahlen; der dem Kreditinstitut durch die Zahlungsunfähigkeit verursachte Schaden beläuft sich auf die vereinbarte Rückführungsrate zuzüglich des Verzugsschadens; zweitens, das Kreditinstitut kündigt den Kreditvertrag wegen Vermögensverfalls mit sofortiger Wirkung und der Folge, daß der Gesamtbetrag fällig wird; hier umfaßt der Schaden des Kreditinstituts folgende Positionen: die Kreditrestschuld nebst aufgelaufener Zinsen und Nebenkosten, einen eventuell vorhandenen Verzögerungsschaden¹, der sich aus einer verzögerlichen Rückführung der letzten Rate vor der Kündigung ergeben kann, sowie die Zinsen, die während der vertraglich vereinbarten Laufzeit des Darlehens oder bis zum für die Tochtergesellschaft nächstmöglichen Kündigungstermin² angefallen wären³. Die entgangenen Zinsen und der ins Gewicht fallende Teil des Verzögerungsschadens sind aus dem Rechtsgedanken des § 252 BGB zu ersetzen⁴. Dabei kann das Kreditinstitut bei dem Verzögerungsschaden den entgangenen Gewinn abstrakt berechnen. Denn es kann davon ausgegangen werden, daß es einen ihm vorenthaltenen Geldbetrag im Rahmen seines Geschäftsbetriebes gewinnbringend genutzt hätte. Betreibt das Kreditinstitut im wesentlichen zur Aktivgeschäfte einer Art, so kann es nur

1 Auf letzteres verweist auch Köhler, S. 1346.

2 An § 247 BGB sei erinnert!

3 vgl. Mosch, S. 215; Stecher, S. 186.

4 vgl. Rümker, S. 991; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 38; Schaffland, S. 1023; Mosch, S. 215; Gerth, S. 161; Schneider, S. 305.

abstrakten Berechnung seines Schadens die für diese Geschäftsart in der fraglichen Zeitspanne banküblichen Sollzinsen zugrundelegen. Arbeitet es aber mit dem Geld auf verschiedene Art, so kann es mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Erträge der einzelnen Geschäftsarten seinen Schaden nur nach einem Durchschnittsgewinn berechnen, der sich nach der jeweiligen Geschäftsstruktur richtet¹.

b) die Problematik der Vorteilsausgleichung

Bei der oben vorgenommenen Betrachtungsweise, daß zum Schaden des Kreditinstitutes auch die ihm für die Zukunft entgehenden Zinsraten zu zählen seien, ist außer acht geblieben, daß das Kreditinstitut den Kapitalbetrag früher zurückerhält und dementsprechend auch eher wieder ausleihen kann.

Der dem Schadensersatzrecht innewohnende Gedanke der Vorteilsausgleichung besagt, daß ein Schaden im Rahmen einer Gesamtberichtigung der Schadenssituation festzustellen ist². Deshalb sind nicht nur die nachteiligen Folgen, sondern auch die vorteilhaften Auswirkungen des Schadensereignisses zu beachten: wegen der Vorteile erscheint der Schaden geringer³. Dieser Grundsatz der Vorteilsausgleichung ist überall zu erörtern, wo es um den Ausgleich eines Schadens geht, also nicht nur bei sekundären Schadensersatzansprüchen, sondern auch bei dem hier vorliegenden primären Schadendeckungsanspruch⁴. Er ist daher auch bei der Haftungsübernahme zu beachten.

1 vgl. BGHZ 62, 103; Anm. dazu Roll, NJW 74, 1281; Erman/Battes, BGB, § 288 Rdn 4; Palandt/Heinrichs, BGB, § 288 Anm. 2.

2 vgl. Cantzler, AcP 156, 52.

3 vgl. Boetius, S. 67; allgemein zur Vorteilsausgleichung siehe auch Lange, in: Handbuch des Schuldrechts, Band 1, § 9.

4 vgl. Boetius, S. 67; Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rn. 27; RGRK/Mormann, BGB, Vor § 765, Anm. 5.

Da die vom BGH in ständiger Rechtsprechung¹ aufgestellten Voraussetzungen, daß das schädigende Ereignis, das mit dem vorteilhaften identisch sein muß, den Vorteil adäquat verursacht hat und daß die Vorteilsanrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen muß und den Schädiger nicht unbillig entlasten darf, gegeben sind, muß sich das Kreditinstitut die durch die vorzeitige Rückführung des Darlehensrestbetrages erlangten Zinsvorteile zurechnen lassen. Der Anspruch auf Schadenausgleich gegenüber der Muttergesellschaft ist daher um die durch eine erneute Herauslegung zu erlangenden Zinsen zu kürzen^{2/3}.

c) die Folgen der Verletzung banküblicher Sorgfalt
Soweit das Kreditinstitut durch bankübliches, zwar ursächliches, aber verschuldenfreies Verhalten die Illiquidität mit herbeigeführt hat, zum Beispiel durch Nichtgewährung eines zusätzlich erbetenen Zwischenkredites, ist dies ohne Bedeutung⁴. Verletzt aber das Kreditinstitut die bankübliche Sorgfalt, so muß es sich seinem Anspruch auf Schadloshaltung den Rechtsgedanken des § 254 BGB entgegenhalten lassen, der bei der vorliegenden garantieähnlichen Haftungsübernahme Anwendung findet⁵.

Gerth hat in diesem Zusammenhang das Beispiel diskutiert, daß das Kreditinstitut in Vollzug seiner Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB gegenüber der Muttergesellschaft zur Reduzierung seiner Außenstände

1 vgl. BGH, NJW 1976, 747; BGHZ 49, 61; BGH NJW 1978, 536.
2. So auch Rümker im Ergebnis, S. 991; anderer Ansicht wohl Mosch, S. 215, und Stecher, S. 186.
3 Anders ist es bei der bereits erörterten Frage der vorzeitigen Tilgung des Darlehens gemäß § 267 BGB durch die Muttergesellschaft, vgl. oben, S. 177, FN 1.
4 vgl. Schraeppler, S. 216, mit Schreibfehler "Mitverschuldung" anstatt "Mitverursachung".
5 vgl. BGH WM 61, 206; RGZ 51, 277; Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdn. 27.

etwaige Habensalden der Tochtergesellschaft mit der fälligen Kreditschuld verrechnet, was namentlich dann in Betracht kommt, wenn noch nach Zahlungseinstellung von dritter Seite Beträge auf das bei dem Kreditinstitut geführte Girokonto der Tochtergesellschaft überwiesen werden, bevor der Konkurs eröffnet ist¹. Diese Problematik soll hier jedoch nicht weiter erörtert werden, da die Frage, ob der wirksam erklärten Aufrechnung eine Konkursanfechtung gemäß § 30 Nr. 1 Fall 2 KO droht, eine spezielle konkursrechtliche ist, die wohl mit der ständigen Rechtsprechung und nach in der Literatur vordringender Ansicht dahin zu beantworten ist, daß eine Anfechtung möglich ist, so daß der entsprechende Betrag an die Konkursmasse fließen müßte².

d) der Einfluß der Modifikation der Kreditforderung durch gerichtliche und außergerichtliche Maßnahmen auf den Leistungsanspruch aus der Haftungsübernahme

aa) Konkurs

Da ein Konkursverfahren und die darin festgesetzte Konkursquote keine Modifikation der Hauptforderung bewirkt, § 164 I KO statuiert das Recht der freien Nachforderung für den Gläubiger³, scheidet ein solcher Einfluß aus.

bb) Vergleich und Zwangsvergleich gemäß § 82 VerglO und § 193 KO

Diese beiden Verfahren bewirken eine Modifikation der Kreditverpflichtung, da nach Abschluß des Verfahrens der die Quote überschießende Teil nur noch eine erfüllbare,

1 vgl. Gerth, S. 172 ff.

2 vgl. Nennungen bei Gerth, S. 176 unter FN 2.

3 vgl. Uhlenbruck, Insolvenzrecht, Rdn. 931.

aber nicht klagbare Naturalobligation darstellt¹. Es fragt sich daher, ob sich daraus ein Einfluß auf die Pflicht der Muttergesellschaft zur Schadloshaltung des Kreditinstitutes ergibt.

§ 82 II 1 VglO und § 193 Satz 2 KO bestimmen, daß die Rechte des Gläubigers gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners durch den Vergleich bzw. Zwangsvergleich nicht berührt werden. Da einerseits die Frage der Mitschuldnerschaft zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft zwar im Laufe der Arbeit bejaht wird², eine solche Wertung jedoch sehr streitig erscheint, andererseits die Muttergesellschaft keine Bürgschaft für die Kreditschuld übernommen hat³, soll bei Beurteilung dieser Streitfrage nicht nur auf § 82 II 1 VglO und § 193 Satz 2 KO abgestellt werden.

Sinn und Zweck der Patronatserklärung I ist die Sicherstellung der Liquidität der Tochtergesellschaft verbunden mit der Übernahme der Haftung zur Abdeckung aller negativer Folgen, wenn eine Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit nicht erfolgt. Damit will die Patronatserklärung aber gerade (auch) einen Ausfall durch eine nur quotale Befriedigung abdecken. Vergleich und Zwangsvergleich lassen daher die Verpflichtung der Muttergesellschaft aus der Haftungsübernahme unberührt⁴. Die Muttergesellschaft kann sich deshalb einer Inanspruchnahme durch das Kreditinstitut nicht mit dem Hinweis entziehen, der die Vergleichsquote übersteigende Teil der Kreditschuld sei erlassen oder werde erlassen⁵.

1 vgl. Bley/Mohrbuter, VglO, § 82 Rdn. 16b; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 193 Rdn. 8.

2 vgl. unten, S. 200.

3 vgl. oben, S. 112.

4 vgl. Rümker, S. 991; Schraepler, S. 216; Stecher, S. 202, schon aufgrund von § 193 KO und § 82 VglO, weil er eine Mitschuldnerschaft annimmt; Gerth, S. 186.

5 Gerth, S. 187, nennt zudem noch das Beispiel, daß die Muttergesellschaft, nachdem sie zunächst den Schaden voll ausgeglichen hat, nach Abschluß des Vergleichs/Zwangsvergleichs den Betrag kondizieren will, der die Vergleichsquote übersteigt.

cc) außergerichtlicher Vergleich und Teilerlaß
Schraepler¹ hat zu Recht darauf hingewiesen, daß danach zu unterscheiden ist, ob ein außergerichtlicher Vergleich oder ein Teilerlaß unter dem Zwang der Liquiditätsenge zustande gekommen ist oder nicht². Liegt das erste vor, so bedeutet dies ein Vorgehen des Kreditinstitutes im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB und reduziert nicht die Einstandspflicht der Muttergesellschaft³. Dies gilt auch dann, wenn ein solcher Sanierungsversuch letztendlich fehlschlägt⁴. Anders ist es zu beurteilen, wenn ein außergerichtlicher Vergleich oder ein Teilerlaß aus Gründen abgeschlossen wird, die nicht mit einer mangelnden Zahlungsfähigkeit zusammenhängen.

e) das Verhältnis zwischen Haftungsübernahme und Kreditrestschuld

Bei der Feststellung, in welchem Umfang die Muttergesellschaft infolge der Haftungsübernahme einen Schaden des Kreditinstitutes auszugleichen hat, ist noch nicht berücksichtigt worden, daß die Schadenshöhe durch eine Konkurs- oder Vergleichsquote beeinflusst werden kann.

Es herrscht in der Literatur Einigkeit darüber, daß eine Konkursquote oder eine Vergleichsquote anzurechnen ist, da sich insofern der durch die Zahlungsunfähigkeit verursachte Schaden des Kreditinstitutes vermindert⁵.

1 vgl. Schraepler, S. 216.

2 Dies klingt auch bei Stecher, S. 179, an.

3 vgl. Schraepler, S. 216; wohl auch Stecher, S. 179; Stecher, S. 203, spricht zudem auch von einer Einzelwirkung einer solchen Maßnahme, wobei er von einer Gesamtschuldnerschaft zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft ausgeht.

4 Ein solcher Sanierungsversuch muß die Interessen der Muttergesellschaft wahren, weswegen sie tunlichst in die entsprechenden Verhandlungen miteinzubeziehen ist, vgl. Schraepler, S. 216.

5 vgl. Obermüller, S. 29; Gerth, S. 167; Mosch, S. 215/216 ist mißverständlich, erklärlich aber durch den Fußnotenhinweis auf Obermüller unter FN 1 auf S. 216; Stecher, S. 186 ff.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die Muttergesellschaft sofort den vollen Schaden des Kreditinstitutes auszugleichen hat oder ob das Kreditinstitut das Insolvenzverfahren abzuwarten hat, um die entsprechende Quote des Insolvenzverfahrens in Abzug bringen zu können.

Die Muttergesellschaft verspricht mit der Haftungsübernahme, das Kreditinstitut im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft schadlos zu halten. Dabei ist dieser Leistungsanspruch fällig, wenn die Tochtergesellschaft mangels Zahlungsfähigkeit ihren fälligen Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut nicht nachkommt. Damit soll aber die Haftungsübernahme letztendlich sicherstellen, daß jede fällige Forderung des Kreditinstitutes, die aufgrund Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft von dieser nicht erfüllt wird, durch die Muttergesellschaft im Wege der Haftung beglichen wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dies eine einzelne Kreditrate betrifft oder nach Kündigung durch das Kreditinstitut den gesamten Kreditrestbetrag. Aus diesem Gedankengang ergibt sich zugleich, daß die Muttergesellschaft sofort den vollen Schaden des Kreditinstitutes auszugleichen hat¹.

Dieses Ergebnis wird auch durch eine Wertung des § 32a GmbHG gestützt. Zwar betrifft § 32a GmbHG nur den Fall, daß in einem Zeitpunkt, in dem ordentliche Kaufleute als Gesellschafter der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätten, die Gesellschaft mit Fremdkapital ausgestattet wird. Gleichwohl kann daraus auch eine allgemeine Wertung entnommen werden.

¹ Im Ergebnis ebenso: Obermüller, S. 29; Mosch, S. 215; Gerth, S. 166; Stecher, S. 188.

Wenn in dieser Vorschrift bestimmt wird, daß ein Dritter, der unter den eingangs erwähnten Voraussetzungen der Gesellschaft ein Darlehen gewährt und hierfür eine Sicherheit von einem Gesellschafter erhalten hat, in einem Konkursverfahren oder in einem Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen kann, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherung ausgefallen ist¹, so steht dahinter die Vorstellung, daß eine Gesellschaft in der Regel durch das nötige Eigenkapital auszustatten ist; soweit Fremdkapital aufgenommen wird und ein Gesellschafter hierfür Sicherheit leistet, soll dieser auch primär in Anspruch genommen werden. In dem Fall, daß es ein echtes eigenkapitalersetzendes Darlehen im Sinne des § 32a II GmbHG ist, muß der Dritte sich voll an den Gesellschafter halten, um die Gesellschaft und die übrigen Gläubiger zu schützen. Daraus wird man aber schließen können, daß sich in einem sonstigen Fall, in dem auch ordentliche Kaufleute nicht eine Eigenkapitalzuführung für notwendig erachtet hätten, der Dritte sich auch voll an den Gesellschafter wenden darf².

Mit diesem Ergebnis, daß die Muttergesellschaft sofort den vollen Schaden des Kreditinstitutes auszugleichen hat und nicht das Kreditinstitut auf eine eventuelle zu erwartende Quote verweisen darf, kann die Überlegung jedoch noch nicht beendet sein, da dieses Ergebnis dem Kreditinstitut die Möglichkeit einer (teilweisen) Doppelbefriedigung eröffnen würde: einerseits erhielte es einen vollen Schadensausgleich durch die Muttergesellschaft, andererseits könnte es im Insolvenzverfahren die Kreditforderung geltend machen und hierauf eine quotenmäßige

1 vgl. § 32a II GmbHG.

2 Stecher, S. 188, FN 1, meint, da das Darlehen der Bereitstellung von längerfristigen Investitionsmitteln diene und damit wenigstens mittelbar auf die Bildung von Eigenkapital abziele, sei eine dem § 32a II GmbHG vergleichbare Situation gegeben.

Zahlung erhalten, da die Kreditforderung durch die Ausgleichszahlung weder erloschen noch automatisch auf die Muttergesellschaft übergegangen ist¹. Das folgt daraus, daß die Forderung des Kreditinstitutes weder kraft Gesetzes auf die Muttergesellschaft übergegangen ist - § 774 BGB ist auf die Patronatserklärung I nicht anwendbar² -, noch die Muttergesellschaft die Kreditschuld gemäß §§ 267, 362 BGB zum Erlöschen bringt - die Muttergesellschaft leistet auf ihre eigene Verpflichtung aus der Patronatserklärung I, sie ist nämlich daraus nicht verpflichtet, die Schuld der Tochtergesellschaft zu erfüllen^{3/4}.

Zur Lösung der Problematik sind in der Literatur mehrere Möglichkeiten diskutiert worden, die alle auf dasselbe Ergebnis hinauslaufen⁵.

Gerth kommt im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, die Muttergesellschaft habe einen schuldrechtlichen Anspruch auf Abtretung der Kreditrestforderung, wenn das Kreditinstitut sie auf Leistung in voller Höhe der Außenstände in Anspruch nehmen wolle⁶. Er stützt seine Ansicht darauf, daß die Muttergesellschaft und das Kreditinstitut bei Vereinbarung der Patronatserklärung als selbstverständlich davon ausgegangen seien, daß das Kreditinstitut nur einmal Zahlung erhalten solle und dementsprechend nach Inanspruchnahme der Muttergesellschaft nicht nochmals aus der Kreditforderung gegen die Tochtergesellschaft vorgehen können solle. Andererseits dürfe die Leistung der Muttergesellschaft nicht dritten Gläubigern zugute kommen, was geschehen würde, wenn das

1 vgl. Obermüller, S. 29.

2 vgl. Obermüller, S. 30; indirekt v. Westphalen, S. 204/205; Stecher, S. 199, FN 1; Seiler, S. 78.

3 vgl. Obermüller, S. 30.

4 Die Muttergesellschaft ist selbstverständlich auch im Falle eines Insolvenzverfahrens der Tochtergesellschaft nicht daran gehindert, als Dritte auf die Kreditschuld der Tochtergesellschaft zu zahlen und diese so zu erfüllen, sie vermindert so den dem Kreditinstitut entstehenden Schaden und hat daher aus der Patronatserklärung I nur noch einen geringen Schaden zu tragen; es war bereits darauf hingewiesen, daß eine solche Zahlung nicht gemäß § 30 Nr. 2 KO angefochten werden kann, vgl. oben, S. 180; ein Anspruchsübergang zur Vermeidung einer Doppelbefriedigung kann und braucht dann nicht mehr zu erfolgen.

5 vgl. Stecher, S. 190; Gerth, S. 170, 167; Obermüller, S. 29 und 37.

6 vgl. Gerth, S. 170 und 167.

Kreditinstitut auf seine Forderung verzichten würde, da sich dann deren Quote im Insolvenzverfahren erhöhen würde; die Muttergesellschaft habe vielmehr selbst ein Interesse, die Forderung zu erwerben und damit am Insolvenzverfahren teilzunehmen¹. Er billigt dem Kreditinstitut deshalb ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 I BGB zu, so daß bei einer Klage nur Zug um Zug verurteilt würde².

Obermüller ist der Ansicht, eine entsprechende Verpflichtung des Kreditinstitutes ergebe sich aus § 255 BGB³. Zwar greife diese Vorschrift vom Wortlaut her nicht ein, da die Muttergesellschaft nicht für den Verlust eines Rechtes Ersatz zu leisten habe, denn die Kreditrestforderung bestehe auch dann rechtlich fort, wenn der Schuldner zur Erfüllung nicht in der Lage sei. § 255 BGB gelte aber nach nicht unbestrittener Ansicht auch für den Fall der Entwertung einer Forderung durch Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners⁴, so daß die Muttergesellschaft nur Zug um Zug gegen Abtretung⁵ der Ansprüche aus dem Kreditverhältnis leisten müsse. Allerdings stehe der Muttergesellschaft dieser Anspruch auf Abtretung erst dann zu, wenn sie für sämtliche Forderungen des Kreditinstitutes Ersatz geleistet habe⁶. Denn würde das Kreditinstitut bei einer nur teilweisen Schadensausgleichung durch die Muttergesellschaft einen entsprechenden Teil der Forderung aus dem Kreditverhältnis abtreten, so könnte die Muttergesellschaft mit dieser Forderung an einem etwaigen Konkursverfahren teilnehmen

1 So auch Obermüller, S. 30, in einer Hilfserwägung für den Fall, daß seinem Lösungsweg über § 255 BGB für den Konkurs nicht gefolgt werden könne.

2 vgl. Gerth, S. 171.

3 vgl. Obermüller, S. 30.

4 vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, BGB, § 255 Anm.2; Soergel/Schmidt, 10. Aufl., BGB, § 255 Anm.3; Staudinger/Selb, BGB, § 255 Rdn. 5 mit weiteren Fundstellen, Erman/Sirp, BGB, § 255 Rdn. 2; BGHZ 6,62; OLGZ 1976,451; dagegen Selb, in FS Larenz 1973, S. 547; RGRK/Alff, BGB, § 255 Anm. 3.

5 Bei Abschluß eines Kreditvertrages ist vielfach ein stillschweigend vereinbarter Abtretungsausschluß anzunehmen. vgl. unten, S. 236; gleichwohl wird man davon ausgehen können, daß ein solches Abtretungsverbot nicht für eine Abtretung an die Muttergesellschaft, die zugunsten der Tochtergesellschaft die Patronatserklärung abgegeben hat, gelten soll; vgl. Obermüller, S. 31.

6 vgl. Obermüller, S. 31.

und dadurch die Quote des Kreditinstitutes verringern: die der Muttergesellschaft abgetretene Forderung würde im Konkurs der Tochtergesellschaft gleichberechtigt neben der dem Kreditinstitut verbliebenen Restforderung stehen, da § 68 KO, der ein solches verhindern könnte, zwar für Bürgschaften gelte, nicht aber für die Patronatserklärung I, weil § 68 KO voraussetze, daß mehrere Personen nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften¹, was bei der Patronatserklärung I nicht vorliege².

Stecher lehnt sowohl die Lösung Obermüllers³ als auch die Konstruktion von Gerth ab. Gegen Obermüllers Weg⁴ spricht nach seiner Auffassung, daß die Muttergesellschaft hier nicht, wie aber für § 255 BGB zu fordern wäre, für die Entwertung eines Forderungsrechtes Schadenersatz zu leisten habe, mithin also für die Entwertung der Kreditforderung. Die Schadensersatzverpflichtung der Muttergesellschaft beruhe rechtlich vielmehr darauf, daß sie ihrer Ausstattungsverpflichtung nicht nachgekommen sei. Obermüllers Betrachtungsweise sei rein wirtschaftlich und eine solche sei bei der Frage der Anwendbarkeit des § 255 BGB untauglich; der Weg über § 255 BGB sei daher versperrt. Gerth's Lösungsweg kommt nach Stechers Ansicht ebenfalls nicht in Betracht⁵, da sich die Frage nach einer ergänzenden Vertragsauslegung erst dann stelle, wenn ein Regelungsproblem in keiner Weise angemessen und interessen-gerecht durch Gesetzesvorschriften zu lösen sei. Eine

1 vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 68 Rdn 2.

2 Obermüller, S. 31, verweist im übrigen darauf, daß ein Rücktritt der der Mutter abgetretenen Teilforderung hinter die dem Kreditinstitut verbliebene nicht mit Wirkung für den Konkurs vereinbart werden kann; so auch derselbe, Die Bank im Konkurs ihres Kunden, S. 180.

3 Obermüllers Lösung wird auch von Gerth, S. 170, FN 3, als angreifbar bezeichnet, wohl wegen der Frage, ob § 255 BGB auch bei einer wirtschaftlichen Entwertung eines Rechtes eingreifen kann.

4 vgl. Stecher, S. 191.

5 vgl. Stecher, S. 191.

solche Lösungsmöglichkeit werde aber durch die Regeln der Gesamtschuld eröffnet: zwischen der zum Schadenersatz verpflichteten Muttergesellschaft¹ und der zur Kreditrückzahlung verpflichteten Tochtergesellschaft bestehe ein Gesamtschuldverhältnis², der § 422 I 1 BGB sei daher anwendbar und somit sei durch die Schadenersatzleistung der Muttergesellschaft auch die Kreditverbindlichkeit der Tochtergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut erfüllt³.

Stecher ist in der Ablehnung Gerths zuzustimmen, da dieser Weg erst eröffnet ist, wenn Gesetzesvorschriften keine Lösungsmöglichkeiten bieten. Entgegen der Ansicht Stechers, und mit Obermüller, ist aber eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 255 BGB zu bejahen.

Auszugehen ist von dem Grundgedanken der Vorteilsausgleichung, der in § 255 BGB einen besonderen Ausdruck gefunden hat⁴. § 255 BGB hat daher auch dann zu gelten, wenn ein Recht im Sinne des § 255 BGB in der Art "verloren" ist, daß es praktisch wertlos geworden ist, was unter anderem dann vorliegt, wenn ein Schuldner, gegen den ein

1. Erinnert sei daran, daß Stecher, wie auch Gerth und Obermüller, die Schadenersatzpflicht als sekundäre und nicht als primäre Leistungspflicht ansehen.

2. vgl. Stecher, S. 198; ein Gesamtschuldverhältnis wird auch von Gerth, S. 158 FN 1 angenommen, diskutiert wird es von ihm aber nicht im Rahmen der Problematik einer Doppelbefriedigung des Kreditinstitutes.

3. vgl. Stecher, S. 192.

4. Wie hier Erman/Sirp, BGB, § 255 Rdn. 1; BGHZ 60, 358; Staudinger/Werner, 10./11. Aufl., BGB, § 255 Rdn. 7 spricht von einem dem Gedanken der Vorteilsausgleichung verwandten Rechtsgedanken, und in Rdn 8 ist erklärt, eine unmittelbare Anwendung der Vorteilsausgleichung sei in § 255 BGB nicht zu finden, denn was gemäß dieser Vorschrift der Ersatzberechtigten dem Schadenersatzpflichtigen überlassen müsse, sei kein Vorteil im Sinne der Vorteilsausgleichung; ebenso Palandt/Kleinrichs, BGB, § 255 Anm. 1; Boetius, S. 69, leitet die Pflicht des Garantieempfängers zur Abtretung der Forderung gegen den Dritten an den Garanten bei Inanspruchnahme der Garantie unmittelbar aus Vorteilsausgleichung ab; interessant auch Staudinger/Selb, 12. Aufl., BGB, § 255 Rdn 5.

Forderungsrecht bestand, zahlungsunfähig geworden ist¹. Weiterhin ist festzuhalten, daß nach hier vertretener Ansicht die Patronatserklärung I auch eine Haftungsübernahme beinhaltet², und zwar eine Haftungsübernahme für das "Ausgestattet-sein" der Tochtergesellschaft, also für die Zahlungsfähigkeit. Dem Kreditinstitut gegenüber bedeutet dies aber eine Haftung für die Entwertung der Forderung wegen Zahlungsunfähigkeit. Die Schadensausgleichspflicht aus der Haftungsübernahme beruht somit direkt auf der Entwertung der Kreditforderung, und zwar rechtlich und nicht nur nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise.

§ 255 BGB ist daher einschlägig.

§ 255 BGB könnte aber durch die §§ 426, 422 BGB ausgeschlossen sein. Die §§ 426, 422 BGB enthalten für die echte Gesamtschuld die allein maßgebliche Bestimmung, was mit der durch einen Gesamtschuldner erfüllten Forderung des Gläubigers nach Erfüllung geschieht (Erlöschen oder Übergang), so daß § 255 BGB durch die speziellen Regelungen der Gesamtschuld verdrängt würde³. Voraussetzung dafür wäre das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft.

Nach den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätzen ist dies zu bejahen: die Rechtsprechung hat es für geboten gehalten, das Erfordernis der Identität zwischen den geschuldeten Leistungen aufzulockern; dementsprechend

1 vgl. Staudinger/Werner, 10./11. Aufl., BGB, § 255 Rdn 5: "Man hat aber auch kaum je bezweifelt ..", sowie die weiteren Fundstellen oben, S. 197 unter FN 4.

2 Insoweit anders als Obermüller, der die Schadensersatzverpflichtung als sekundäre Leistungsverpflichtung ansieht.

3 vgl. BGHZ 59, 102; Soergel/Schmidt, 10. Aufl., BGB, § 255 Rdn. 4; Staudinger/Werner, 10./11. Aufl., BGB, § 255 Rdn. 12.

genügt eine inhaltliche Verschiedenheit, die hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit liegt¹. Zwischen der Schadloshaltungspflicht der Muttergesellschaft aus der Haftungsübernahme und der Schadensersatzverpflichtung der Tochtergesellschaft wegen Nichtrückzahlung des Kredites ist dies zu bejahen. Weitere Voraussetzung wäre eine innere Verbundenheit der Verpflichtungen im Sinne einer Zweckgemeinschaft, wobei die Zweckgleichheit nicht bloß zufällig sein dürfte². Eine solche Verbundenheit ergibt sich einerseits aus der Bezugnahme in der Patronatserklärung I auf den gesicherten Kredit und andererseits aus dem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft. Damit liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor³, mit der Konsequenz, daß bei einer Leistung der Muttergesellschaft wegen ihrer Haftungsübernahme die Forderung gegen die Tochtergesellschaft nicht dem Kreditinstitut verbleibt. Die nachgeordnete Frage, ob diese erlischt oder auf die Muttergesellschaft übergeht, wird im Abschnitt Innenverhältnis und Innenausgleich untersucht werden⁴.

Diese unter dem Blickwinkel einer möglichen (teilweisen) Doppelbefriedigung aufgrund einer zu erwartenden Konkurs- oder Vergleichsquote diskutierte Problematik findet sich auch, wenn die Tochtergesellschaft nur mit einer Kreditrate mangels Zahlungsfähigkeit in Verzug gerät, die Muttergesellschaft ihrer Ausstattungsverpflichtung jedoch (noch) nachkommt und die Muttergesellschaft aufgrund der Haftungsübernahme den entstandenen Schaden ausgleichen muß: dieser

1 vgl. BGHZ 43, 233; 51, 277; 59, 100.

2 vgl. BGHZ 43, 229; 51, 278/279; 59, 99 und 101.

3 Ebenso Stecher, S. 198; Gerth, S. 158, FN 1.

4 vgl. unten, S. 221 .

umfaßt die rückständige Kreditrate sowie den Verzugsschaden, es sei denn, die Tochtergesellschaft hätte zwischenzeitlich die rückständige Kreditrate und eventuell auch den Verzugsschaden schon selbst reguliert. Auch bei dieser Schadenregulierung der Muttergesellschaft wird eine mögliche Doppelbefriedigung des Kreditinstitutes durch das Vorliegen einer Gesamtschuld und der Anwendbarkeit der §§ 426, 422 BGB verhindert. Eine Gesamtschuld kann angenommen werden, weil auch zwischen der Schadloshaltungsverpflichtung der Muttergesellschaft und der Pflicht der Tochtergesellschaft zur Leistung der rückständigen Kreditrate und zum Ausgleich des Verzugsschadens eine inhaltliche Verschiedenheit angenommen werden kann, die hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit liegt¹.

Wegen der Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft ist im übrigen auch § 68 KO entgegen der Annahme Obermüllers² anwendbar: die Gesamtschuld ist ein typischer Fall, daß mehrere nebeneinander persönlich auf das Ganze haften, wie es § 68 KO erfordert³. Das Kreditinstitut ist damit insoweit abgesichert, als es bei einer nur teilweisen Schadloshaltung durch die Muttergesellschaft im Konkursverfahren der Tochtergesellschaft bis zu seiner vollen Befriedigung den Betrag geltend machen kann, den es zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte⁴.

1 vgl. oben, S.201 mit FN 1.

2 vgl. Obermüller, S. 31.

3 vgl. Jäger/Lent, KO, § 68 Rdn 2; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 68 Rdn 2.

4 die Problematik, ob und wie die Muttergesellschaft eine Ausgleichsforderung gegen die Tochtergesellschaft geltend machen kann, wird in dem Kapitel Innenverhältnis und Innenausgleich besprochen, vgl. unten, S. 221 .

4. Geltendmachen von Einreden und Einwendungen¹

a) eigene Einreden und Einwendungen

Es war bereits darauf hinzuweisen, daß die Muttergesellschaft nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen alle Einwendungen und Einreden aus den patronatsvertraglichen Beziehungen geltend machen kann².

b) Einreden und Einwendungen, die der Tochtergesellschaft aus dem Kreditverhältnis gegenüber dem Kreditinstitut zustehen

aa) rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen

Es gilt auch bei der Haftungsübernahme, daß die Muttergesellschaft die Haftungsübernahme nur für den Fall des Bestehens und der Fortdauer der Darlehensrückzahlungsverpflichtung verspricht. Damit ist die Muttergesellschaft grundsätzlich berechtigt, die der Tochtergesellschaft zustehenden rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einwendungen geltend zu machen. Dabei sind jedoch zwei schon im Laufe der Arbeit behandelte Einschränkungen vorzunehmen: einerseits, daß eine Modifikation der Hauptforderung durch außergerichtlichen Vergleich und Teilerlaß, die unter dem Zwang einer Liquiditätsenge vorgenommen wird, auf die Haftungsübernahme keinen Einfluß haben kann, mithin also eine solche rechtsvernichtende Einwendung entfällt³; andererseits hat die bei der Ausstattungsverpflichtung festgestellte Einschränkung, daß eine rechtshindernde Einwendung nach Valutierung des Darlehens grundsätzlich abgeschnitten ist⁴, auch bei der Haftungsübernahme zu gelten.

1 Bezüglich der Einteilung vgl. oben, S. 152.

2 vgl. oben, S. 151; eigene Illiquidität ist wegen § 279 BGB keine tragende Einwendung. Selbstverständlich ist die Muttergesellschaft nicht berechtigt, Einwendungen aus dem Verhältnis Muttergesellschaft-Tochtergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut geltend zu machen; vgl. Staudinger/Brändl, 10. Aufl., BGB, § 765 Rdn 2; Palandt/Thomas, BGB, Einf. v. 1990, Anm 1 h, beide für die Bürgschaft.

3 vgl. oben, S. 153 .

4 vgl. oben, S. 154 .

bb) rechtshemmende Einreden

- peremptorische Einreden

Bei der Ausstattungsverpflichtung ist dargelegt worden, daß die Muttergesellschaft in Analogie zu § 768 I 1 BGB berechtigt ist, peremptorische Einreden der Tochtergesellschaft geltend zu machen¹. Die dabei aufgezeigte Begründung gilt auch für die Haftungsübernahme, so daß § 768 I 1 BGB auch bei der Haftungsübernahme bezüglich peremptorischer Einreden analog angewendet werden kann. Eine Einschränkung ergibt sich aber aus den Regeln des Vergleiches und des Zwangsvergleiches gemäß § 82 VglO und § 193 KO².

- dilatorische Einreden

Es fragt sich, ob § 768 I 1 BGB bei der Haftungsübernahme auch auf dilatorische Einreden analog angewendet werden kann. Entgegen der Einschränkung bei der Ausstattungsverpflichtung³ ergibt sich hier aber eine Übereinstimmung der Sachverhalte in den für die rechtliche Würdigung maßgeblichen Hinsichten: sowohl die Bürgschaft als auch die Patronatserklärung I, Haftungsübernahmekomponente, beinhalten, daß der daraus Verpflichtete nur dann belastet werden soll, wenn auch der Hauptschuldner leisten müßte. Bei der Haftungsübernahme ergibt sich dies daraus, daß eine Schadloshaltung mangels Schaden dann (noch) nicht möglich ist. Anderes hat aber zu gelten, wenn eine Stundungsabrede zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditinstitut unter dem Zwang einer Liquiditätsenge zustandegekommen ist: die Muttergesellschaft haftet dann für den Schaden, der durch die Stundung verursacht wird⁴.

cc) Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit
Entsprechend den Ausführungen zu den dilatorischen Einreden, mit denen eine gewisse Ähnlichkeit besteht⁵, ist eine ana-

1 vgl. oben, S. 157.

2 vgl. oben, S. 191.

3 vgl. oben, S. 158.

4 vgl. Schraepfer, S. 216.

5 vgl. oben, S. 159.

loge Anwendung des § 770. BGB zu bejahen.

c) die Freigabe von Sicherheiten

Entsprechend den Erörterungen bezüglich der Ausstattungsverpflichtung ist eine analoge Anwendung des § 776 BGB auch auf die Haftungsübernahmekomponente zu bejahen, wobei mit Schraeppler eine Einschränkung dann vorzunehmen ist, wenn die Freigabe zur Förderung der Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft gedacht und geeignet war¹.

d) die Einrede der Vorausklage

Die Frage der analogen Anwendbarkeit des § 771 BGB kann schon deshalb verneint werden, weil der Gesetzgeber selbst im Bürgschaftsrecht eine Wertung vorgenommen hat für den Fall, daß die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist: § 349 Satz 1 HGB bestimmt dazu, daß dem Bürgen in diesem Fall die Einrede der Vorausklage nicht zusteht. Da die Abgabe der Patronatserklärung I für die Muttergesellschaft zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört, mithin also ein Handelsgeschäft ist², verbietet die in § 349 Satz 1 HGB getroffene Wertung eine analoge Anwendung des § 771 BGB. Der Muttergesellschaft steht die Einrede der Vorausklage nicht zu³.

5. Beweisfragen.

Obwohl der Muttergesellschaft nicht die Einrede der Vorausklage zusteht, ergibt sich in der Regel ein ähnlicher Effekt durch die Beweislast des Kreditinstitutes: es muß nämlich die Uneinbringlichkeit der Kreditforderung wegen

1 vgl. oben, S. 160 .

2 vgl. §§ 343, 344 HGB.

3 So auch Schraeppler, S. 216; Köhler, S. 1346; für die Haftungsübernahme gemäß § 438 BGB auch: Münchener Kommentar/Westermann, BGB, § 438 Rdn 1; RGRK/Mezger, BGB, § 438 Rdn 4.

Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft beweisen¹. Es besteht zwar keine bestimmte Regel darüber, wie dieser Beweis zu führen ist²; im allgemeinen wird die Muttergesellschaft von dem Kreditinstitut erst dann in Anspruch genommen werden, wenn es zunächst versucht hat, in gehöriger Weise, die Forderung von der Tochtergesellschaft beizutreiben³; Klage und Mobiliarzwangsvollstreckung bilden hierbei den normalen Weg⁴. Klage und fruchtlose Zwangsvollstreckung sind aber nur eine Möglichkeit des Beweises für die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft⁵; der Beweis für die Zahlungsunfähigkeit kann auch auf andere Art und Weise erbracht werden⁶.

Zu denken wäre zum Beispiel an einen Beweis durch Urkunden, wie Pfändungsprotokolle oder Protokolle über die Leistung der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung, oder durch Zeugen, die die volle Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft bestätigen können⁷.

III Innenverhältnis und Innenausgleich

In diesem Kapitel soll geklärt werden, ob die Muttergesellschaft Leistungen, die sie im Rahmen der durch den Patronatsvertrag bestimmten Beziehungen an die Tochtergesellschaft oder das Kreditinstitut erbracht hat, im Wege eines Rückgriffs von der Tochtergesellschaft zurückverlangen kann. Dazu ist zunächst kurz das zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft bestehende Innenverhältnis zu beleuchten.

-
- ¹ vgl. Schraepler, S. 216; Köhler, S. 1346; für die Haftungsübernahme gem. § 438 BGB: Staudinger/Köhler, BGB, 12. Aufl., § 438 Rdn 9; Erman/Weitnauer, BGB, § 438 Rdn 4; Münchener Kommentar/Westermann, BGB, § 438 Rdn 1; RGRK/Mezger, BGB, § 438 Rdn 4.
² vgl. Staudinger/Köhler, BGB, § 438 Rdn 9.
³ vgl. RGRK/Mezger, BGB, § 438, Rdn 4; Münchener Kommentar/Westermann, BGB, § 438, Rdn 1.
⁴ vgl. Staudinger/Köhler, BGB, § 438 Rdn 9; Erman/Weitnauer, BGB, § 438 Rdn 4.
⁵ vgl. Köhler, S. 1346.
⁶ vgl. Köhler, S. 1346; Staudinger/Köhler, BGB, § 438, Rdn 9; Erman/Weitnauer, BGB, § 438 Rdn 4.
⁷ vgl. Staudinger/Köhler, BGB, § 438 Rdn 9.

1. Innenverhältnis

Bei der bisherigen Erörterung der Probleme ist eine genauere Darstellung des zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft bestehenden Verhältnisses nicht notwendig gewesen. Dies soll nun erfolgen, wobei einschränkend davon ausgegangen wird, daß beide Gesellschaften ihren Sitz im Inland haben¹.

Zu unterscheiden ist die allgemeine gesellschaftsrechtliche und die besondere schuldrechtliche Beziehung anläßlich der Begebung der Patronatserklärung.

Die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft basieren darauf, daß beide Gesellschaften typischerweise einen Unterordnungskonzern gemäß § 18 I AktG bilden, also unter einheitlicher Leitung der Muttergesellschaft zusammengefaßt sind. Dies hat zur Folge, daß beide Gesellschaften, unter Umständen mit weiteren abhängigen Gesellschaften, trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit auf Dauer einer übergreifenden unternehmerischen Zielkonzeption unterworfen werden². Dabei ist danach zu unterscheiden, auf welcher Grundlage diese "wirtschaftliche Einheit"³ beruht: auf Vertrag oder auf faktischer Leitungsmacht. Mit Emmerich/Sonnenschein⁴ ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß die auf Vertrag beruhende wirtschaftliche Einheit, der Vertragskonzern, nur durch den Abschluß eines Beherrschungsvertrages begründet werden kann, da nur dieser Unternehmensvertrag ein echtes Wei-

1 Zu den Fragen, die auftauchen, wenn die abhängige Gesellschaft oder das herrschende Unternehmen ihren Sitz im Ausland hat: vgl. Großkommentar/Würdinger, AktG, § 291 Anm. 31 u. 32; Kölner Kommentar/Biedenkopf/Koppensteiner, AktG, § 291 Vorbemerkungen, Rdn 15; Großkommentar/Würdinger, AktG, § 311 Anm. 20 u. 21; Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, S. 103f; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 4c II und § 8 B III.

2 vgl. Kübler, Gesellschaftsrecht, § 28 II 4a; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 2 D I 2; Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, § 55 IV 1.

3 vgl. Emmerich/Sonnenschein, § 2 D I 1.

4 vgl. Emmerich/Sonnenschein, § 2 D II 2.

sungsrecht begründet. Das folgt daraus, daß durch den Beherrschungsvertrag als Organisationsvertrag¹ die Zuständigkeitsordnung und damit das körperschaftliche Gefüge der sich unterwerfenden Gesellschaft dergestalt verändert wird, daß eine Leitungsbefugnis der herrschenden Gesellschaft unter Zurückdrängung der eigenverantwortlichen Geschäftsführung des Vorstandes der beherrschten Gesellschaft installiert wird². Alle anderen Konzerne, auf faktischer Leitungsmacht beruhend, fallen unter den Begriff des faktischen Konzerns, einerlei ob sie auf bloßer faktischer Leitungsmacht, insbesondere aufgrund von Beteiligungen, oder auf anderen Unternehmensverträgen basieren³.

Die einheitliche Leitung der Konzernunternehmen wird dabei einerseits durch die vertragliche Weisungsbefugnis und andererseits durch Wünsche, Ratschläge, Empfehlungen und insbesondere durch die in der Praxis überaus wichtigen personellen Verflechtungen sichergestellt⁴.

Neben diesen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft liegen aber auch noch besondere schuldrechtliche anlässlich der Abgabe der Patronatserklärung vor. Entweder sind diese rechtsgeschäftlicher Art oder sie beruhen auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis.

Wenn die Muttergesellschaft sich gegenüber der Tochtergesellschaft zur Abgabe der Patronatserklärung verpflichtet hat, liegt -soweit die Tochtergesellschaft eine Gegenleistung schuldet- ein Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung gemäß § 675 BGB vor, wenn die Tochtergesellschaft zu keiner Gegenleistung verpflichtet ist - ein Auftrag gemäß

1 vgl. Würdinger, § 60 II 1.

2 vgl. Kübler, § 29 I 2b.

3 vgl. Emmerich/Sonnenschein, § 2 D II 2.

4 vgl. Emmerich/Sonnenschein, § 2 D I 3.

§ 662 BGB¹. Möglich ist auch eine Schenkung gemäß § 516 BGB, wenn die Muttergesellschaft auf einen Ausgleichsanspruch verzichtet und keine Gegenleistung bedungen ist².

Wenn ein Rechtsgeschäft der vorbezeichneten Art nicht vorliegt, es sich vielmehr um die Abgabe der Patronats-erklärung ohne dahingehende rechtsgeschäftliche Verpflichtung handelt³, liegt das gesetzliche Schuldverhältnis Geschäftsführung ohne Auftrag vor⁴.

2. Innenausgleich

Die Erörterung dieser Problematik wird nach der Art der durch die Muttergesellschaft getätigten Leistung unterteilt.

a) die Muttergesellschaft leistet gemäß § 267 I BGB als Dritte auf eine fällige Kreditrate oder löst gemäß § 267 I BGB den gesamten Restkredit einschließlich Nebenkosten ab.

aa) Ausgleich auf konzernrechtlicher Basis

Aufgrund des durch einen Beherrschungsvertrag eingeräumten Weisungsrechtes⁵ kann die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft anweisen, den von ihr herausgelegten Betrag auszugleichen. Auch ist sie aufgrund des Beherrschungs-

1 vgl. für die Bürgschaft: Staudinger/Brändl, 10./11. Aufl., BGB, § 765 Rdn 3; Erman/Seiler, BGB, Vor § 765 Rdn 10; Münchener Kommentar/Pecher, BGB, § 765 Rdn 3; Larenz, SchuR 31, § 64 III; auch Soergel/Schmidt, 10. Aufl., BGB, Vor § 765 Rdn 10; RGRK/Mormann, BGB, § 765 Rdn 12; Palandt/Thomas, BGB, Einf. v. § 765 Ann 1 h.

2 vgl. für die Bürgschaft: RGRK/Mormann, BGB, § 765 Rdn 12; Soergel/Schmidt, 10. Aufl., BGB, Vor § 765 Rdn 10; RGZ, 54, 284; Staudinger/Brändl, 10./11. Aufl., BGB, Vorb § 765 Ann 6.

3 Nach Stecher, S. 199, liegen spezielle vertragliche Vereinbarungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft regelmäßig nicht vor; vgl. auch Stecher, S. 140 FN 4 und Gerth, S. 151 FN 1.

4 vgl. für die Bürgschaft: Staudinger/Brändl, 10./11. Aufl., BGB, § 765 Rdn 3; RGRK/Mormann, BGB, § 765 Rdn 12; Erman/Seiler, BGB, Vor § 765 Rdn 10; Palandt/Thomas, BGB, Ein. v. § 765 Ann 1 h.

5 vgl. § 308 AktG.

vertrages in der Lage, den entstandenen Gewinn der Tochtergesellschaft am Jahresende abzusaugen¹.

Bei faktischen Konzernverhältnissen ist § 311 AktG zu beachten, der bestimmt, daß ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen darf, eine abhängige AG oder KGaA zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen, wenn nicht die Nachteile ausgeglichen werden².

bb) Ausgleichung bei Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag
Der Ausgleichsanspruch der Muttergesellschaft ergibt sich dann aus § 670 BGB, wenn der Auftrag der Tochtergesellschaft zur Übernahme der Patronatshaftung oder der entsprechende Geschäftsbesorgungsvertrag auch die Klausel enthält, den Kredit gemäß § 267 BGB ganz oder teilweise in bestimmten Fällen zurückzuzahlen. Diese Weisung kann auch durch einen späteren Auftrag erfolgen³.

cc) Ausgleich nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag

Vorab ist klarzustellen, daß selbstredend der Muttergesellschaft dann kein derartiger Ausgleichsanspruch zustehen kann, wenn sie lediglich leisten würde, um eine sie selbst betreffende Verpflichtung gegenüber der Tochtergesellschaft zu erfüllen. Die Patronatserklärung I ist jedoch kein echter Vertrag zugunsten Dritter, so daß die Tochtergesellschaft keinen eigenen Anspruch auf Leistung besitzt⁴.

1 vgl. Emmerich/Sonnenschein, § 4 B II 2; zu beachten ist auch § 301 AktG über den Höchstbetrag der Gewinnabführung und § 302 AktG über die Verlustübernahme durch die Muttergesellschaft.

2 Für das GmbH-Konzernrecht, vgl. BGHZ 65, 15.

3 So auch Stecher, S. 144.

4 Stecher, S. 132, verweist auf konzernrechtlich begründete Zahlungsverpflichtungen; vgl. auch oben unter aa).

§ 677 BGB verlangt als Voraussetzung einer Geschäftsführung ohne Auftrag zunächst die Besorgung eines Geschäftes für einen anderen. Unter der Besorgung eines Geschäftes im Sinne des § 677 BGB ist nicht nur eine Geschäftsbesorgung im engeren Sinne, sondern ebenso wie im Auftragsrecht die Besorgung jeder Angelegenheit zu verstehen, die im Interesse eines anderen liegt oder deren Wahrnehmung einem anderen obliegt¹. Hier ist die Tilgung einer fälligen Kreditrate als Bezahlung einer fremden Verbindlichkeit ein objektiv fremdes Geschäft, das schon von seinem Inhalt her die Tochtergesellschaft angeht, Fremdgeschäftsführungswillen ist daher zu vermuten².

Soweit die Muttergesellschaft bei einer Tilgung des gesamten Kreditrestbetrages gemäß § 267 BGB nicht nur die Verbindlichkeit der Tochtergesellschaft erfüllen will, sondern daneben durch diese Maßnahme auch ihre eigene Patronatsverpflichtung zum Erlöschen bringen will, ist dies unproblematisch. Denn für die Annahme eines "Geschäftes für einen anderen" ist es ausreichend, daß es nach seinem Inhalt zumindest auch die Angelegenheit der Tochtergesellschaft ist und der Geschäftsführer insoweit Fremdgeschäftsführungswillen hat³. Dies ist bei der Tilgung fremder Schulden zu vermuten⁴.

Weiterhin müßte, für das Vorliegen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, die Geschäftsführung objektiv dem Interesse und subjektiv dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen.

Mit Mosch ist das Interesse der Tochtergesellschaft bei der Tilgung fälliger Kreditraten regelmäßig schon deshalb anzunehmen, "weil ein Rückgriff durch die am

1 vgl. Larenz, SchuR BT, § 57 Ia.

2 vgl. Larenz, a.a.O.

3 vgl. Larenz, a.a.O.; Erman/Hanf, BGE, Vor § 677 Rdn 1.

4 vgl. BGHZ 65, 357; BGHZ 40, 31.

Schicksal der Tochtergesellschaft interessierte Muttergesellschaft oft ausbleiben, zumindest aber regelmäßig mit Verzögerung erfolgen wird, was für die Tochtergesellschaft einer Stundung gleichkommt¹. Soweit ein wirklicher Wille nicht festgestellt werden kann, kommt es auf den zu mutmaßenden Willen der Tochtergesellschaft an; in der Regel wird sich dieser mutmaßliche Wille mit dem Interesse des Geschäftsherrn decken².

Da die Muttergesellschaft zu einem solchen Vorgehen der Tochtergesellschaft gegenüber auch nicht verpflichtet ist, liegt eine berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor, die der Muttergesellschaft einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB gewährt³.

Soweit die Muttergesellschaft die gesamte Kreditrestschuld, also fällige und nichtfällige Kreditraten, ablöst, muß es auf die einzelne Fallgestaltung ankommen, ob die vorzeitige Ablösung objektiv im Interesse der Tochtergesellschaft ist. Allgemein wird sich wohl feststellen lassen, daß das Interesse der Tochtergesellschaft dann verletzt sein dürfte, wenn für eine solche Ablösung kein Anlaß bestand; denn dann hat sie umgekehrt gerade ein Interesse an der Einhaltung des Kreditvertrages. Soweit die vorzeitige Ablösung im Interesse und im Willen der Tochtergesellschaft liegt, hat die Muttergesellschaft einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB, soweit dies nicht zutrifft, steht der Muttergesellschaft lediglich ein Anspruch gemäß § 684 Satz 1 BGB zu, der im Hinblick auf Umfang und Fälligkeit der ursprünglichen Verpflichtung der Tochtergesellschaft entspricht⁴. Soweit die Tochtergesellschaft die Geschäftsführung der Muttergesellschaft gemäß § 684 Satz 2 BGB genehmigt, etwa auf

¹ vgl. Mosch, S. 210.

² vgl. Larenz, SchuR BT, § 57 I a.

³ Ebenso Mosch, S. 210; Gerth, S. 151; auf die abweichende Meinung von Stecher wird noch eingegangen.

⁴ vgl. Mosch, S. 225; undeutlich auch Gerth, S. 151; zur Begründung vgl. unten, S. 216 .

Weisung oder "Empfehlung" der Muttergesellschaft hin, steht der Muttergesellschaft ebenfalls ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB zu¹.

Stecher hat gegenüber diesem Lösungsweg über die §§ 683 und 684 BGB bei Zahlungen der Muttergesellschaft auf die Kreditverbindlichkeit den Einwand erhoben, die gesetzlichen Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag seien aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht anwendbar: die Geschäftsführung ohne Auftrag verlange als Geschäftsherrn einen souveränen Willensträger, dies sei aber bei der Tochtergesellschaft nicht gegeben². Er begründet seine Auffassung damit, daß die Tochtergesellschaft zwar eine selbständige juristische Rechtspersönlichkeit darstelle, jedoch das konzernrechtliche Innenverhältnis insoweit maßgeblich sei.

Dieser Ansicht kann meines Erachtens jedoch nicht zugestimmt werden. Maßgeblich muß sein, daß Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft zwei getrennte Rechtspersönlichkeiten sind, die durch ihre Organe handlungsfähig sind, die geschäftsfähig sind und im Geschäftsverkehr selbständig auftreten. Auf diesem Gedanken basiert auch das im AktG kodifizierte Konzernrecht. Darin ist gerade zum Ausdruck gebracht, daß zwei getrennte Rechtspersönlichkeiten sich gegenüberstehen, wovon die eine allerdings als wirtschaftlich schwächere vor der anderen wirtschaftlich stärkeren und einflußnehmenden im gewissen Umfang zu schützen ist. Ein solcher Schutz ist aber nur dann nötig, wenn man nicht aus dem Schutzbedürfnis der abhängigen Gesellschaft heraus schon die zwischen den Konzerngesellschaften bestehenden Schuldverhältnisse einer solchen wertenden Auslegung unterzieht.

¹ vgl. § 684 Satz 2 BGB.

² vgl. Stecher, S. 133 ff.

Im übrigen führt die Ansicht Stechers zu dem paradoxen Ergebnis, daß das Weisungsrecht der Muttergesellschaft, durch einen Beherrschungsvertrag eingeräumt, zwar der Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag am stärksten entgegenstünde, jedoch eine Beauftragung der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft am ehesten gewährleistet und eine solche Beauftragung auch wirksam wäre¹; Stecher müßte also mit einem geteilten Souveränitätsbegriff operieren. Die Auffassung Stechers ist, abgesehen vom Weisungsrecht bei Vertragskonzernen, auch nicht präzisierbar: wie weit soll der Begriff der Relevanz des Innenverhältnisses gehen? Soll die Grenze bei der rein wirtschaftlichen Macht gezogen werden, bei persönlichen Beziehungen oder Verflechtungen, wie muß die faktische Leitungsmacht der Muttergesellschaft bemessen sein? Zusätzlich kompliziert das Mitbestimmungsgesetz 1976 die Frage der souveränen Willensträgerschaft, dies soll jedoch hier nicht weiter vertieft werden².

dd) Ausgleich nach den Regeln einer ungerechtfertigten Bereicherung

Neben einer berechtigten oder genehmigten Geschäftsführung ohne Auftrag können Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zugunsten der Muttergesellschaft nicht gegeben sein, da dann ein Rechtsgrund iSd § 812 BGB vorliegt: die Vermögensverschiebungen beruhen auf der gesetzlichen Grundlage der GoA³.

1 Dies muß von Stecher, S. 144, auch selbst eingeräumt werden.

2 vgl. Emmerich/Sonnenschein, S. 45 und 60, zu den Fragen, wie weit das Mitbestimmungsgesetz 1976 die Vermutung der Abhängigkeit des § 17 II AktG und die Konzernvermutung des § 18 I 3 AktG beeinflusst.

3 vgl. Fikentscher, SchuR, § 83 I 7e; Esser/Weyers, SchuR BT, Teilband 2, § 46 I 1 d; BGH NJW 1969, 1205, 1207 unter 4b.

Bei einer unberechtigten GoA richtet sich der Ausgleich gemäß § 684 Satz 1 BGB nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Daneben ist § 812 BGB auch unmittelbar anwendbar, weil die unberechtigte GoA nicht Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB ist.

Bereicherungsgegenstand der nach h. M. anzuwendenden Rückgriffskondiktion¹ ist die Befreiung der Tochtergesellschaft von ihrer Kreditverbindlichkeit, ein Rechtsgrund hierfür nicht vorhanden. § 812 I 1 2. Variante BGB, Rückgriffskondiktion, gibt der Muttergesellschaft damit einen Ausgleichsanspruch gegen die Tochtergesellschaft².

Stecher will jedoch den tatsächlichen Rückgriff durch eine analoge Anwendung des § 814 BGB wegen einer aufge-drängten Bereicherung versagen³. Die Motivation hierzu enthält zutreffende Ansätze, dem Lösungsweg selbst kann aber nicht zugestimmt werden.

Bei der Tilgung einer fälligen Kreditrate kann ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht gegeben sein, da die in diesem Fall vorliegende berechnigte GoA Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB ist. Eine unberechnigte GoA, bei der ein Anspruch nach § 812 BGB, Rückgriffskondiktion, auch direkt gegeben sein kann, liegt nach den obigen Erörterungen möglicherweise vor, wenn die Muttergesellschaft den Kredit vorzeitig ablöst. Die Negierung der Interessen der Tochtergesellschaft muß aber Konsequenzen haben.

Allerdings ist Stecher schon im Ansatzpunkt seiner Überlegungen zu widersprechen: er will von einer aufgedrängten Bereicherung deshalb sprechen, weil die Tochtergesellschaft

1 vgl. Larenz, SchuR BT, § 68 III c a.E; Medicus, BGB, § 35 IV; Fikentscher, SchuR, § 99 V 1; Esser/Weyers, SchuR BT, 2. Teilband, § 50 III 2 iVm § 48 III 4.

2 So auch Stecher, S. 141; gerth, S. 151.

3 vgl. Stecher, S. 143.

sich wegen ihrer, von Stecher so genannten¹, mangelnden Willenssouveränität gegen die Tilgung ihrer Kreditverbindlichkeit nicht wehren kann². Demgegenüber ist aber zu bedenken, daß ein Schuldner grundsätzlich nicht damit rechnen kann, seinen Gläubiger zu behalten: eine Forderungsabtretung ist gemäß § 398 BGB ohne Mitwirkung des Schuldners möglich, wenn kein rechtsgeschäftlicher Ausschluß vorliegt³. Zwar ist bei Abschluß eines Kreditvertrages vielfach ein stillschweigend vereinbarter Abtretungsausschluß anzunehmen, ein solches Abtretungsverbot wird man aber nicht gegenüber der Muttergesellschaft annehmen können⁴. Aus diesem Gesichtspunkt ist anzunehmen, daß bei einer Zahlung gemäß § 267 BGB eine aufgedrängte Bereicherung noch nicht in der Quasi-Auswechsellung der Gläubiger, Kreditinstitut gegen Muttergesellschaft, gesehen werden kann. Die Negierung der Interessen der Tochtergesellschaft muß aber dazu führen, den Gesichtspunkt der Bereicherung selbst genau zu prüfen. Dazu sind die gesamten Umstände, sowohl die günstigen wie die ungünstigen heranzuziehen: Bereicherung ist dabei nur das, was sich als reiner Gewinn ergibt⁵. Wieweit aber die Tochtergesellschaft wegen der Befreiung von der Kreditverbindlichkeit bereichert ist, ist nach diesem Gesichtspunkt noch zu konkretisieren; die Bereicherung ergibt sich nämlich aus dem ursprünglichen Tilgungsplan des Kreditvertrages. Die Tochtergesellschaft ist nur in der Höhe und zu dem Zeitpunkt bereichert, wie sie keine fällige Kreditrate begleichen muß. Der Anspruch der Muttergesellschaft auf Wertersatz entspricht damit im Hinblick auf Umfang und Fälligkeit der ursprünglichen

1 vgl. Stecher, S. 136.

2 vgl. Stecher, S. 141.

3 vgl. Medicus, § 35 IV 4.

4 vgl. Obermüller, S. 31, und oben, S. 197 FN 5, sowie unten, S. 236.

5 vgl. Staudinger/Nipperdey, 10./11. Aufl., BGB, § 684 Rdn 3.

Verpflichtung der Tochtergesellschaft aus dem Kreditvertrag¹. Wegen der schon erwähnten Ähnlichkeit zur Abtretung ist Medicus zuzustimmen, der im vorliegenden Fall die Schuldnerschutzvorschrift des § 404 BGB analog anwendet². Der Tochtergesellschaft bleiben also analog § 404 BGB und unabhängig von § 818 III BGB alle Einreden erhalten, die dem Kreditinstitut gegenüber hätten geltend gemacht werden können.

Bei dieser Betrachtungsweise bleibt aber für eine Erörterung der Problematik der aufgedrängten Bereicherung kein Raum mehr³. Für die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 814 BGB gilt das gleiche⁴.

b) die Muttergesellschaft führt der Tochtergesellschaft Ausstattungsmittel zu, um deren Liquidität sicherzustellen.

aa) Ausgleich auf konzernrechtlicher Basis

Es kann auf Gliederungspunkt 2a aa verwiesen werden⁵.

bb) Ausgleich bei Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag

Wenn die Tochtergesellschaft die Muttergesellschaft beauftragt hat, eine Patronatserklärung für sie abzugeben, oder ein entsprechender Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen den Gesellschaften geschlossen ist, ergibt sich der Ausgleichsanspruch aus § 670 BGB: die Ausstattungsleistungen sind Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB und daher zu erstatten.

1 So auch schon oben, S. 212 bei der Behandlung des § 684 Satz 1 BGB.

2 vgl. Medicus, § 35 IV 4 aE.

3 Medicus, § 35 IV 4, spricht deshalb auch nur von einer ähnlichen Problematik wie bei der aufgedrängten Bereicherung.

4 Dazu, daß eine analoge Anwendung des § 814 BGB bei der Rückgriffskondition nicht passend ist, vgl. Medicus, § 35 IV 4.

5 vgl. oben, S. 209 .

cc) Ausgleich nach den Regeln der Geschäftsführung
ohne Auftrag

Geschäftsbesorgung für die Tochtergesellschaft ist die Stellung einer Kreditsicherheit im Rahmen des Kreditverhältnisses Tochtergesellschaft-Kreditinstitut. Dies ist auch ein fremdes Geschäft, da die Sicherheitenstellung im Rahmen eines Kreditverhältnisses an und für sich der Sorge des Kreditschuldners obliegt¹. Da es sich um ein objektiv fremdes Geschäft handelt, darf der entsprechende Fremdgeschäftsführungswille vermutet werden. Die Geschäftsführung entspricht auch dem objektiven Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Tochtergesellschaft, da das Zustandekommen des Kreditvertrages oder die Weiterführung des Kreditverhältnisses von der Stellung einer Sicherheit abhängig ist. Da somit im Regelfall eine berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen ist, steht der Muttergesellschaft ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB zu².

dd) Ausgleich nach den Regeln einer ungerechtfertigten
Bereicherung

Da vorstehend das Ergebnis gewonnen wurde, daß die Stellung einer Patronatssicherheit im Regelfall eine berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag darstellt und dieses Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB ist, entfällt insoweit eine Anwendung der Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung³.

Würde die Tochtergesellschaft der Stellung einer Patronats-
erklärung widersprechen und damit die Geschäftsführung nicht
dem wirklichen Willen der Tochtergesellschaft entsprechen,
mithin also § 683 Satz 1 BGB nicht einschlägig sein, käme

1 vgl. Erman/Hanß, BGB, Vor § 677 Rdn 3.

2 Daß Ausstattungsleistungen Aufwendungen sind, ist schon
bejaht worden, vgl. oben, S. 217 unter bb).

3 vgl. oben, S. 214 mit FN 3.

über § 684 Satz 1 BGB Bereicherungsrecht zur Anwendung; daneben wäre § 812 BGB auch unmittelbar anzuwenden. Diese Fallgestaltung kann jedoch in der Praxis nicht vorkommen, da die Muttergesellschaft ihre vertraglich eingeräumte oder faktische Leitungsmacht jederzeit so geltend machen kann, daß die Tochtergesellschaft nicht widerspricht oder aber nachträglich genehmigt mit den Folgen des § 684 Satz 2 BGB. Im übrigen sind auch kaum Gründe denkbar, warum die Tochtergesellschaft, die an dem Erhalt oder Behalt des Kredites interessiert ist, die benötigte Sicherheitsstellung gerade durch die Muttergesellschaft ablehnen sollte.

c) die Muttergesellschaft kommt ihrer Haftungsübernahme nach und stellt das Kreditinstitut schadlos

aa) Ausgleich auf konzernrechtlicher Basis

Es kann auf Gliederungspunkt 2a aa verwiesen werden¹.

Da die Haftung der Muttergesellschaft gerade auf der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft beruht, dürfte sich die Möglichkeit eines solchen Ausgleichs aber nur auf Einzelfälle beschränken.

bb) Ausgleich bei Geschäftsbesorgung oder Auftrag

Hier kommt es auf die Ausgestaltung der einzelnen vertraglichen Regelung an. In der Regel dürfte aber die Muttergesellschaft danach einen Aufwendungsersatzanspruch auch dann zu beanspruchen haben, wenn sie ihrer Ausstattungsverpflichtung, unter Umständen aus konzernpolitischen Erwägungen, nicht nachkommt und deshalb aus der Haftungsübernahme auf Schadloshaltung in Anspruch genommen wird.

¹ vgl. oben, S. 209.

cc) Ausgleich nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Übernahme der Kreditbesicherung durch Abgabe der Patronatserklärung stellt im Regelfall eine berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag dar. Es fragt sich aber, wie es zu werten ist, daß die Inanspruchnahme aus der Haftungsübernahme auch darauf beruht, daß die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft nicht im erforderlichen Umfang ausgestattet hat und ob sich hieraus ein Einfluß auf einen Aufwendungsersatzanspruch der Muttergesellschaft ergeben kann.

Vereinfachend ausgedrückt stellt sich im Kerngehalt die zweite Komponente der Patronatserklärung I, die Haftungsübernahme für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft, wie ein Garantieverprechen der Muttergesellschaft für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft dar. Isoliert betrachtet würde die Abgabe einer solchen Haftungserklärung im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag dazu führen, daß bei einer Inanspruchnahme daraus, die Schadloshaltung durch die Muttergesellschaft Aufwendungen wären, die der Muttergesellschaft von der Tochtergesellschaft zu ersetzen wären. Dem könnte die Tochtergesellschaft nicht entgegenhalten, die Muttergesellschaft habe sich nicht bemüht, die Zahlungsfähigkeit zu stützen oder zu erhalten.

Demgegenüber enthält die Patronatserklärung I durch die erste Erklärungskomponente, die Ausstattungsverpflichtung, die Besonderheit, daß die Muttergesellschaft den Zustand, auf den sich ihre Haftungsübernahme bezieht, auch selbst herbeizuführen hat. Diese Verpflichtung, die, wie im Laufe der Arbeit besprochen, hinter der zweiten Komponente vom Gewicht und der Bedeutung her zurücktritt, besteht aber nur dem Kreditinstitut gegenüber: es liegt kein echter Vertrag zugunsten Dritter vor¹. Daraus ergibt sich, daß die Tochtergesellschaft aus der Ausstattungsverpflichtung

¹ vgl. oben, S. 120 .

keine Rechte auf Sicherung ihrer Zahlungsfähigkeit herleiten kann. Dementsprechend kann die Tochtergesellschaft aber auch nicht mittelbar solche Rechte gegenüber einem Aufwendungsersatzanspruch der Muttergesellschaft geltend machen. Im Verhältnis Mutter- zu Tochtergesellschaft darf es keine Rolle spielen, daß die Muttergesellschaft sich gegenüber dem Kreditinstitut zu einer Ausstattung der Tochtergesellschaft verpflichtet hat.

Der Muttergesellschaft steht daher ein Aufwendungsersatzanspruch zu.

dd) Ausgleich nach den Regeln einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Es ist auf die Ausführungen oben unter 2b dd zu verweisen.

ee) Ausgleich aus gesetzlichem Forderungsübergang
Zwischen der Verpflichtung der Muttergesellschaft aus der Haftungsübernahme und der Verbindlichkeit der Tochtergesellschaft aus dem Kreditvertrag besteht bei Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft ein Gesamtschuldverhältnis¹. Bei der Erörterung dieser Problematik war noch nicht die Frage geklärt worden, was mit der Kreditrestforderung nach Zahlung der Muttergesellschaft geschieht: erlischt diese gemäß § 422 I 1 BGB oder geht sie gemäß § 426 II 1 BGB auf die Muttergesellschaft über, und wenn letzteres, in welcher Höhe?

Hierzu bestimmt § 426 II 1 BGB, daß die Forderung des Gläubigers insoweit auf den leistenden Gesamtschuldner übergeht, soweit er den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Gesamtschuldnern Ausgleichung verlangen kann. Es ist also zu klären, inwieweit die Muttergesellschaft von der Tochtergesellschaft Ausgleichung verlangen kann.

¹ vgl. oben, S. 201 .

Zwar ist in § 426 I 1 1. Halbsatz BGB angeordnet, daß Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Diese gleich-
teilige Innenbelastung ist jedoch eine bloße Hilfs-
regel, die nur beim Fehlen eines anderen Belastungs-
maßstabes zur Anwendung kommt: die "soweit-Regelung"
des § 426 I 1 2. Halbsatz dominiert die gleichteilige
Innenbelastung¹. Für die Bestimmung der Ausgleichs-
pflicht ist in erster Linie ein zwischen den Gesamt-
schuldnern bestehendes Innenverhältnis maßgebend².
Dieses Innenverhältnis kann durch ein rechtsgeschäft-
liches oder ein gesetzliches Schuldverhältnis geregelt
sein³.

Da in der Regel zwischen der Mutter- und der Tochterge-
sellschaft keine spezielle vertragliche Vereinbarung
zur Regelung des Innenverhältnisses existiert⁴, wird
regelmäßig eine Geschäftsführung ohne Auftrag zur Be-
stimmung der Ausgleichspflicht heranzuziehen sein.
Da das Vorliegen einer berechtigten Geschäftsführung
ohne Auftrag bereits bejaht worden ist und dem-
entsprechend der Muttergesellschaft ein voller Auf-
wendungsersatzanspruch zugesprochen wurde⁵, geht gemäß
§ 426 II 1 BGB die Forderung des Kreditinstitutes voll
auf die Muttergesellschaft über, weil der Aufwendungs-
ersatzanspruch den Maßstab für die Innenbeteiligung

1 vgl. Larenz, SchuR AT, § 37 III; Fikentscher, SchuR,
§ 62 II 2a; Erman/Westermann, BGB, § 426, Rdn 1; Palandt/
Heinrichs, BGB, § 426 Anm. 3c.

2 vgl. Esser/Schmidt, SchuR AT, § 39 III; Larenz, SchuR
AT, § 37 III.

3 vgl. Fikentscher § 62 II 2c; Erman/Westermann, BGB, § 426,
Rdn 12.

4 Darauf ist bereits hingewiesen worden, vgl. S. 209 FN 3.

5 vgl. oben, S. 220 f.

liefert¹.

ff) Ausgleich nach § 426 I 1 BGB

Das oben unter ee gewonnene Ergebnis, daß die Muttergesellschaft im Innenverhältnis berechtigt ist, vollen Ausgleich von der Tochtergesellschaft zu verlangen, bestimmt auch, daß der Muttergesellschaft ein voller Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I 1 BGB zusteht, da § 426 I 1 BGB nach einhelliger Auffassung eine selbständige Anspruchsnorm darstellt².

gg) Besonderheiten beim Regreß

Auf die Bedeutung des § 68 KO bei der Regreßmöglichkeit der Muttergesellschaft ist bereits hingewiesen worden³. Wegen § 68 KO kommt ein Regreßanspruch der Muttergesellschaft nur insoweit als Konkursforderung in Betracht, als sich das Kreditinstitut nicht selbst mit seiner Forderung am Konkurs der Tochtergesellschaft beteiligt⁴. In einem Vergleichsverfahren kann die Muttergesellschaft, da ihr ein Ausgleichsanspruch zusteht, einen aufschiebend bedingten Rückgriffsanspruch geltend machen, wobei jedoch § 33 VerglO zu beachten ist⁵.

1 Stecher, S. 199 ff kann die GoA nicht als Maßstab im Rahmen der "soweit-Regel" des § 426 I 1 2. Halbsatz BGB heranziehen, da er das Vorliegen einer GoA ablehnt, weil die Tochtergesellschaft kein souveräner Willensträger im Sinne der §§ 677 ff BGB sei, vgl. oben, S. 213; soweit er das Vorliegen einer Rückgriffsmöglichkeit mit Hinweis auf eine Parallele zu § 32a GmbHG verneint, in dem es im Abs. 3 sinngemäß heißt, ein Rückgriffsanspruch könne nicht geltend gemacht werden im Konkurs oder Vergleichsverfahren, spricht dies entgegen Stechers Ansicht gerade für einen Ausgleichsanspruch, da nur das nicht geltendgemacht werden kann, was man als Anspruch überhaupt besitzt und geltend machen könnte; wie hier ebenso Gerth, S. 158 FN 1 und insbesondere S. 151 FN 2 am Ende und S. 169, wo sich Gerth mit dem Gesichtspunkt einer nicht gewollten "Begünstigung" dritter Gläubiger gegen Stechers Lösung wendet; vgl. auch BGH in NJW 1963, 2068 unter c; Stecher, S. 201, lehnt einen Regreß ab.

2 vgl. Fikentscher, SchuR, § 62 II 2a.

3 vgl. oben, S. 202.

4 vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 67 Rdn 3; Jäger/Lent, KO, § 67 Anm. 5.

5 vgl. Bley/Mohrbuter, VglO, § 25 Anm 31 und § 33 Anm. 1.

Für das GmbH-Recht sei auf die Bedeutung des § 32a GmbHG verwiesen.

IV Beteiligungsveräußerung

Im folgenden soll erörtert werden, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn die Muttergesellschaft als Konzernzentrale während der Laufzeit des Kreditvertrages und nach Abgabe der Patronatserklärung I ihre Beteiligung an der Tochtergesellschaft an ein nicht zum Konzern gehöriges Unternehmen¹ veräußert².

In der der Untersuchung zugrundeliegenden Fassung der Patronatserklärung I ist die Veräußerung der Beteiligung nicht ausdrücklich untersagt³. Es stellt sich damit die Frage, ob es der Muttergesellschaft erlaubt ist, die Beteiligung an der Tochtergesellschaft zu veräußern und daran anknüpfend, welchen Einfluß eine solche Veräußerung auf die Leistungspflichten der Muttergesellschaft hat.

Gerth ist der Meinung, die Muttergesellschaft dürfe ihre Beteiligung nicht veräußern⁴. Seiner Ansicht nach folgt aus dem ausdrücklichen Zweck der Patronatserklärung I, während der Kreditlaufzeit eine Befriedigung des Kreditinstitutes durch eine insolvenzabwendende Ausstattung herbeizuführen⁵, daß die gesellschaftsrechtliche Voraussetzung des Patronats erhalten bleiben und die Muttergesellschaft daher eine Veräußerung

-
- 1 Denkbar ist auch eine Veräußerung der Beteiligung an eine andere Tochtergesellschaft, so daß die bisherige Tochtergesellschaft zu einer Enkelgesellschaft würde (dreistufiger Konzern).
 - 2 Für den Fall der gleichzeitigen Beendigung eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages wird auf § 303 AktG verwiesen, der den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft ein Recht auf Sicherheitsleistung einräumt.
 - 3 vgl. oben, S. 76.
 - 4 vgl. Gerth, S. 163.
 - 5 Es sei daran erinnert, daß im Gegensatz zu der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung (Ausstattungsverpflichtung und Haftungsübernahme) Gerth als Verpflichtungsgehalt lediglich eine Ausstattungsverpflichtung annimmt.

der Tochtergesellschaft unterlassen muß¹.

Demgegenüber vertritt die überwiegende Meinung die Ansicht, der Muttergesellschaft sei eine Beteiligungsveräußerung erlaubt². Begründet wird dies von Rümker mit dem Hinweis, daß eine andere Entscheidung einen zu weitgehenden Eingriff in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Muttergesellschaft darstelle und auch aus der Sicht des Kreditinstitutes sachlich nicht geboten erscheine³.

Letzterem ist zuzustimmen. Der von Gerth hervorgehobene Zweck, oder im Sinne dieser Arbeit Teilzweck, läßt sich auch dann erreichen, wenn man die Zulässigkeit einer Beteiligungsveräußerung annimmt: die durch die Patronatserklärung I begründeten Verpflichtungen der Muttergesellschaft werden durch eine Veräußerung der Beteiligung nämlich nicht hinfällig⁴ oder unmöglich⁵. Schaffland und Fischer/Schaffland geben für ihre Annahme keine Begründung an⁶; Rümker scheint der Auffassung zu sein, die Ausstattungsverpflichtung erlösche, weil die Muttergesellschaft dann nach Treu und Glauben berechtigt sei, die entsprechenden Raten für die Tochtergesellschaft an das Kreditinstitut zu entrichten⁷.

1 vgl. Gerth, S. 163.

2 vgl. Rümker, S. 991; Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Mosch, S. 254ff.

3 vgl. Rümker, S. 992.

4 So wohl Schaffland, S. 1025 unter 7 und Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40 unter 7; unklar Rümker, S. 991/992.

5 So Gerth, S. 162.

6 vgl. FN 1.

7 vgl. FN 1.

Für die von diesen Autoren vertretene Auffassung, die Ausstattungsverpflichtung erlösche mit der Beteiligungsveräußerung, ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte. Die Vereinbarung einer solchen auflösenden Bedingung zwischen den Parteien ist zwar möglich; jedoch ist dem Wortlaut der Patronatserklärung I kein entsprechender Hinweis zu entnehmen. Der Wortlaut stärkt im Gegenteil die hier vertretene Ansicht, denn er enthält die Klausel, die Muttergesellschaft werde "bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredites" für Ausstattung sorgen¹. Daraus muß man entnehmen, die Muttergesellschaft wolle sich unabhängig vom Fortbestand der Beteiligung bis zur völligen Kreditrückführung verpflichten². Wegen dieser Klausel im Patronatsvertrag kann man auch nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu einer auflösenden Bedingung gelangen, da eine regelungsbedürftige Lücke zu verneinen sein dürfte. Aber auch abgesehen davon würde eine ergänzende Vertragsauslegung kein Ergebnis in dieser Richtung erbringen. Denn die ergänzende Vertragsauslegung hat das Ziel, zu ermitteln, was die Parteien in Anbetracht des Vertragszweckes erklärt haben würden, wenn sie den offengebliebenen Punkt ebenfalls geregelt hätten und zwar unter Beachtung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte; dabei ist eine vernünftige Interessenabwägung nach objektiven Maßstäben gefordert, die von den im Verträge getroffenen Wertungen beider Parteien auszugehen hat³.

Auszugehen ist bei einer solchen Wertung davon, daß das Kreditinstitut den Kredit an die Tochtergesellschaft nicht blanko herausgelegt hätte, es vielmehr an einer Kreditsicherheit festgehalten hat. Weiterhin wäre zu berücksichtigen, daß das Kreditinstitut bei einer Be-

¹ vgl. oben, S. 76.

² so auch Mosch, S. 255.

³ BGHZ 9, 278; 16.76; 19.112; 33.165; NJW 1978, 695; Erman/Hefermehl, BGB, § 157 Rdn 16.

teilungsveräußerung durch das Erlöschen der Kredit-sicherheit ein zusätzliches Risiko zu tragen hätte, da es eventuell einer neuen oder veränderten Konzernpolitik gegenüber stünde. Die Interessen des Kreditinstitutes wären also nicht genügend berücksichtigt. Andererseits wäre die Muttergesellschaft durch die hier vertretene Ansicht, eine Beteiligungsveräußerung lasse ihre Leistungspflichten unberührt, auch nicht unbillig belastet¹. Sie kann zwar aus der durch den Kredit erhöhten Liquidität und der damit oftmals verbesserten Ertragslage der Tochtergesellschaft keinen direkten Nutzen in Form von höheren Gewinnanteilen oder Gewinnabschöpfungen mehr ziehen. Indirekt hat sie aber regelmäßig einen Vorteil deshalb, weil die obigen Gesichtspunkte zu einem höheren Veräußerungserlös führen dürften.

Zudem ist es die Entscheidung der Muttergesellschaft, daß sie die Beteiligung an der Tochtergesellschaft aufgeben will. Sie hat es auch in der Hand, durch eine Auswahl des erwerbenden Unternehmens und entsprechende vertragliche Absprachen, ihr voraussichtliches Risiko zu minimieren. Darüber hinaus kann die "alte" Muttergesellschaft mit der "neuen" Muttergesellschaft eine Erfüllungsübernahme vereinbaren². Zuletzt bliebe der Muttergesellschaft immer noch die Möglichkeit, ihr Haftungsrisiko durch eine Ablösung des Kredites gemäß § 267 BGB zu begrenzen.

Eine ergänzende Vertragsauslegung würde daher auch nicht zur Annahme einer auflösenden Bedingung führen³.

1 Indirekt anderer Ansicht ist Rümker, S. 991, der die Ausstattungsverpflichtung wohl als beendet ansieht, der Mutter aber ein Recht (nicht eine Pflicht!) zuordnet, die entsprechenden Raten für die Tochtergesellschaft an das Kreditinstitut zu erbringen.

2 Möglich ist auch eine privative Schuldübernahme mit Zustimmung des Gläubigers, die das Kreditinstitut vom standing der neuen Muttergesellschaft abhängig machen dürfte.

3 Ebenso Mosch, S. 256.

Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind schon deshalb nicht anwendbar, weil die Beteiligungsveräußerung auf einer Entscheidung der Muttergesellschaft beruht¹.

Es ist daher festzuhalten, daß die Muttergesellschaft einerseits berechtigt ist, ihre Beteiligung an der Tochtergesellschaft zu veräußern, andererseits eine solche Veräußerung sie nicht von ihren Pflichten aus der Patronatserklärung I entbindet²: sie ist weiterhin dem Kreditinstitut gegenüber zur Ausstattung der dann ehemaligen Tochtergesellschaft verpflichtet und haftet auch weiterhin für das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit dieser Gesellschaft. Daß darin unter Umständen für die "alte" Muttergesellschaft ein schwer zu kalkulierendes Risiko begründet ist, liegt auf der Hand: sie hat weder die Möglichkeit, den Bedarf der ehemaligen Tochtergesellschaft genau festzustellen, da sie nicht mehr die Leitungsmacht einer Konzernzentrale besitzt, noch kann sie aus vorgenanntem Grund die Verwendung der Ausstattung überwachen. Diesem Risiko muß sie durch geeignete Vereinbarungen mit dem übernehmenden Unternehmen begegnen.

In diesem Zusammenhang hat Erdmann auf die Möglichkeit hingewiesen, daß im Darlehensvertrag zwischen Kreditinstitut und Tochtergesellschaft vereinbart wird, daß das Darlehen bei Ausscheiden der Muttergesellschaft vorzeitig zur Rückzahlung fällig wird³.

Auch aus dem Innenverhältnis zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft kann sich eine Besonderheit inso-

1 vgl. Erman/Sirp, BGB, § 242 Rdn 175.

2 So auch Mosch, S. 254.

3 vgl. Erdmann, in Bergström/Schultsz/Käser, Diskussionsbericht, S. 55.

fern ergeben, daß im Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag eine Klausel enthalten ist, daß im Falle des Ausscheidens der Tochtergesellschaft aus dem Konzernverband von ihr dem Kreditinstitut eine adäquate Sicherheit anzubieten ist, so daß das Kreditinstitut bereit wäre, die Muttergesellschaft aus der Patronatsverpflichtung zu entlassen.

V Bilanzierung

In der Einleitung dieser Arbeit ist dargelegt worden, daß die Frage der Bilanzierung eine wesentliche Ursache für das Aufkommen von Patronatserklärungen war. Im folgenden sollen nun die mit der Bilanzierung der Patronatserklärung I interessierenden Gesichtspunkte erörtert werden.

1. die Bilanzierungspflicht

a) Aktiengesellschaften

Am strengsten sind die Bilanzierungsvorschriften des Aktienrechtes. Soweit eine zu passivierende Verbindlichkeit nicht **gegeben** ist und auch keine Veranlassung zu einer Rückstellungsbildung besteht, sind bestimmte Haftungsverhältnisse (neben dinglichen Sicherheiten) als Eventualverbindlichkeiten gemäß § 151 V AktG in der Bilanz zu vermerken oder gemäß § 160 III Nr. 7 AktG im Geschäftsbericht zu erläutern, wenn sie aus der Bilanz nicht ersichtlich sind¹. Der Bilanzvermerk geht dabei als stärkeres Publizitätsmittel (er ist gemäß § 177 II AktG in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen) der Berichterstattung im Geschäftsbericht (dieser ist lediglich dem Registergericht einzureichen, § 177 I AktG) vor². § 151 V Nr. 3 AktG erfordert eine Bilanzierung von Gewährleistungsverträgen.

¹ vgl. Bordt, S. 287.

² vgl. Adler/Düring/Schmaltz, § 151 Rdn 272.

b) publizitätspflichtige Unternehmen

Grundlage ist das Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen¹. Zur Rechnungslegung nach diesem Gesetz sind nur Unternehmen von einer gewissen Größenordnung verpflichtet; Kennziffern sind gemäß § 1 I: eine Bilanzsumme von DM 125 Millionen, Umsatzerlöse von DM 250 Millionen und eine Arbeitnehmerzahl von 5000. In den §§ 3 und 5 dieses Gesetzes ist bestimmt, daß die Vorschriften über den Jahresabschluß von Aktiengesellschaften (auch § 151 AktG) unter anderem auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Personenhandels-gesellschaften, Einzelkaufleute, bergrechtliche Gewerkschaften und wirtschaftliche Vereine gelten. Es wird daher auf das oben unter a) Gesagte verwiesen.

c) Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Soweit eine GmbH nicht unter das Publizitätsgesetz fällt und deshalb die aktienrechtlichen Bestimmungen nicht gelten, gelten die §§ 41, 42 GmbHG in Verbindung mit § 40 HGB. Eine ins Detail gehende Gliederung der Bilanz ist danach nicht vorgeschrieben, es gelten lediglich die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung, so daß eine Vermerkplicht für Eventualverbindlichkeiten entsprechend § 151 V AktG nicht ausdrücklich statuiert ist. Es mehren sich aber die Stimmen, die auch für nicht publizitätspflichtige Unternehmen einen Ausweis für Eventualverbindlichkeiten fordern, da ein vollständiger Überblick über die Vermögensverhältnisse einer Gesellschaft nur dann zu gewinnen ist, wenn auch die Eventualverbindlichkeiten bekannt sind und demgemäß bewertet werden können².

1 Publizitätsgesetz vom 15.8.1969, BGBl I, S. 1189 ff.

2 vgl. Obermüller, S. 42; Bordt, S. 286; Erläuterungen IdW, S. 209; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42 Anm. 1; IdW-Entwurf einer Verlautbarung zur Bilanzierung bei Personenhandels-gesellschaften, Erläuterung und Begründung WPg 1974, S. 529 und 531; IdW-Stellungnahme zur Bilanzierung bei Personenhandels-gesellschaften WPg 1976, S. 114 und 116/117.

Dem ist zuzustimmen, da sich ein diesbezüglicher Grundsatz ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung entwickelt haben dürfte. Weiterhin ist auf Abschnitt f) unten zu verweisen.

d) Genossenschaften

Hier richtet sich die Frage der Bilanzierung von Eventualverbindlichkeiten nach § 33e II GenG. In Abweichung zu § 151 V AktG sind dort jedoch nur Giroverbindlichkeiten, Verbindlichkeiten aus Bürgschaften, Wechsel- und Scheckbürgschaften sowie Garantieverträge als vermerkpflichtig aufgeführt. Allerdings ist der Begriff des Garantievertrages bilanzrechtlich autonom zu erfassen¹. Er ist synonym verwendet für den Begriff des Gewährleistungsvertrages in § 151 V Nr. 3 AktG², so daß auch bei der Genossenschaft die Eventualverbindlichkeiten zu vermerken sind, die bei der Aktiengesellschaft unter den Begriff des Gewährleistungsvertrages fallen³.

e) sonstige Unternehmen

Für die Bilanzierung sonstiger, noch nicht behandelter Unternehmen gelten zunächst die handelsrechtlichen Bestimmungen der §§ 38 ff HGB über die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung. Daneben und darüber hinaus gilt das oben unter Punkt c gesagte, so daß auch für diese Unternehmen ein Ausweis von Eventualverbindlichkeiten vorzunehmen ist⁴.

f) Ausblick

Für die Zukunft zeichnet sich aufgrund gesetzlicher Regelung eine weitgehende Vereinheitlichung der Bilan-

1 vgl. Müller, GenG, § 33e Rdn 14.

2 vgl. FN 1.

3 So auch Mosch, S. 294; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 36; Schaffland, S. 1022; Müller, GenG, § 33e Rdn 14.

4 vgl. Obermüller, S. 42, sowie FN 2 auf S. 230.

zierung entsprechend den Vorschriften des Aktiengesetzes ab. Dieses basiert auf der 4. Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen¹ sowie auf dem Vorschlag für eine 7. Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften über den Konzernabschluß².

Die rechtspolitische Bedeutung der 4. Richtlinie für die Bundesrepublik Deutschland besteht vor allem darin, daß die aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften fortentwickelt werden und der Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Unternehmen deutlich verbessert wird³. Die grundsätzliche Bedeutung dieser Richtlinie liegt zudem in der Einbeziehung der Gesellschaften mit beschränkter Haftung in die Bilanzierungsvorschriften⁴. Nach Artikel 2 besteht der Jahresabschluß aus der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und dem Anhang zum Jahresabschluß. Nach Artikel 43 Absatz 1 Nr. 7 sind im Anhang Angaben zu machen über den Gesamtbetrag der finanziellen Verpflichtungen, die nicht in der Bilanz erscheinen, sofern diese Angabe für die Beurteilung der Finanzlage von Bedeutung ist. Zur Durchführung der 4. Richtlinie hat das Bundesministerium der Justiz im Frühjahr 1980 einen Vorentwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Vierten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinie-Gesetz) vorgelegt. Nach dem Entwurf soll die Anpassung des deutschen Rechts an die Vierte Richtlinie nicht auf das Aktiengesetz und das GmbH-Gesetz

1 Vierte Richtlinie des Rates vom 25.7.1978, abgedruckt im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 14.8.1978, Nr. L 222.

2 Vorschlag für eine siebte Richtlinie vom 4.5.1976, abgedruckt im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 2.6.1976, Nr. C 121.

3 vgl. DB 1978, 1332 ohne Verfasserangabe.

4 vgl. Artikel 1 der 4. Richtlinie.

beschränkt werden. Zur Begründung dafür hat das Bundesministerium der Justiz darauf hingewiesen, eine solche Beschränkung würde "die bereits heute weitgehende Rechtsform- und Größenunabhängigkeit der Regeln über den Inhalt der Jahresabschlüsse gefährden"¹. In die Anpassung sollen daher auch die Offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (Kapitalgesellschaften & Co), die Genossenschaften (im Interesse der Rechtsvereinfachung) sowie der Erste Abschnitt des Publizitätsgesetzes einbezogen werden. Sie soll so erfolgen, daß alle rechtsform- und größenunabhängigen Vorschriften über die Rechnungslegung in das HGB aufgenommen und die für große Unternehmen erforderlichen Sondervorschriften über die Gliederung und den Inhalt des Jahresabschlusses durch Rechtsverordnung geregelt werden.

Aufgrund dieses Vorentwurfes ist im Juli 1982 der entsprechende Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Vierten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinie-Gesetz) dem Deutschen Bundestag zugeleitet worden².

In die gleiche Richtung geht auch der Vorschlag für eine 7. Richtlinie über den Konzernabschluß. Nach Artikel 6 dieses Vorschlages hat ein herrschendes Konzernunternehmen mit Sitz in der Gemeinschaft einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht zu erstellen, wenn

¹ vgl. DB 1980, 625.

² vgl. Drucksache 9/1878, Deutscher Bundestag, 9. Wahlperiode.

entweder das herrschende Unternehmen oder ein abhängiges Unternehmen eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Rechtsformen in Deutschland) ist. Artikel 11 bestimmt dazu, daß für die Gliederung des Konzernabschlusses die 4. Richtlinie maßgebend ist. Im übrigen sei auf die Bestrebungen im Rahmen der Vereinten Nationen hingewiesen, weltweite Regeln für die Rechnungslegung transnationaler Unternehmen zu schaffen¹.

2. der Begriff des Gewährleistungsvertrages als Unterfall der Eventualverbindlichkeit

Man versteht heute im Rahmen der Bilanzierungsbestimmungen, orientiert am Zweck des Bilanzvermerkes, vor möglichen Risiken zu warnen, unter einem Gewährleistungsvertrag jede vertragliche Verpflichtung, die das Entstehen für einen Erfolg oder eine Leistung verspricht und nicht eine Bürgschaft ist. Es handelt sich insoweit um einen speziellen bilanzrechtlichen Begriff; die von Rechtsprechung und Literatur in anderem Zusammenhang entwickelten Vorstellungen über den Inhalt des Begriffs "Gewährleistungsvertrag" sind für das Bilanzrecht nicht zwingend².

3. die Bilanzierung der Patronatserklärung I

Nur in zwei sehr frühen Veröffentlichungen ist eine Ausweispflicht für die Patronatserklärung I verneint worden³. Dagegen entspricht es der absolut

¹ vgl. DB 1978, S. 1332.

² vgl. Adler/Düring/Schmaltz, § 151 Rdn 304.

³ vgl. Winden, S. 1080 aus 1967/1968 und Käser, S. 613 aus 1971.

herrschenden Meinung¹ im deutschen Rechtskreis, daß die Patronatserklärung I in der Bilanz zu vermerken ist². Dem ist zuzustimmen, da die Patronatserklärung I, insbesondere nach der hier vertretenen Ansicht, daß die Muttergesellschaft die Verpflichtung zur Ausstattung und zur Haftung für das Vorliegen von Zahlungsfähigkeit eingegangen ist, unter den Begriff des bilanzrechtlichen Gewährleistungsvertrages zu subsumieren ist.

Die Höhe des zu vermerkenden Betrages richtet sich nach der von der Tochtergesellschaft am Bilanzstichtag geschuldeten Kreditschuld; soweit sich das Darlehen bereits in der Rückzahlungsphase befindet, entspricht dies einhelliger Auffassung³. Dem ist beizupflichten.

-
- 1 Altenburger, S. 64, nimmt für den schweizerischen Rechtskreis eine Formnichtigkeit der Patronatserklärung I an; da es damit nach seiner Auffassung an einer rechtswirksamen Einstandspflicht mangelt und der Bilanzausweis diese voraussetzt, ist die Patronatserklärung I auch nicht zu vermerken, vgl. S. 146; Altenburger, S. 147, lehnt einen faktischen Leistungszwang als Bilanzierungsgebot ab.
- 2 vgl. Rümker, S. 991; Obermüller, S. 41; Hachenburg/Barz, GmbHG § 13, Anhang II, Rdn. 50; Schraepler, S. 215 mit einer etwas abweichenden Erklärung; Bordt, S. 289; Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 39; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 212; Stellungnahme IdW, S. 1922 und 1925; undeutlich Falter, S. 521; Köhler, S. 1346; Lwowski, S. 48, der zusätzlich noch eine Erwähnung im Geschäftsbericht fordert; Nielsen, S. 185; v. Westphalen, S. 205 undeutlich; Scholz/Lwowski, S. 359, die zusätzlich noch eine Erwähnung im Geschäftsbericht fordern; Schneider, S. 305; Mosch, S. 289; Gerth, S. 193; WP-Handbuch 1981, S. 780; Müller. GenG § 33 e Rdn 14; Kölner Kommentar/AktG, § 151 Rdn 68; Adler/Düring/Schmaltz, § 151 Rdn 307; Großkommentar/Mellorowicz, AktG, § 151 Anm. 150 für Freistellungsverpflichtungen und Liquiditätsgarantien; wohl auch Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Kropff, AktG, § 151 Rdn 132; often gelasser von Stecher, S. 5/6; Seiler, S. 74; Gerth, Rechnungslegung bei Eventualverbindlichkeiten, BB 1981, S. 1614.
- 3 vgl. Müller, GenG, § 33 e Rdn 14; WP-Handbuch 1981, S. 780; Adler/Düring/Schmaltz, § 151 Rdn 307; Bordt, S. 290; Gerth, S. 194; Mosch, S. 290; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 212; Stellungnahme IdW, S. 1922.

Zwar ist die Ausstattungsverpflichtung der Höhe nach nicht begrenzt und die von der Muttergesellschaft zu tragende Nachschußverpflichtung bewirkt im Effekt, daß die Muttergesellschaft trotz der Bezugnahme auf den Kredit in der Patronatserklärung I das allgemeine Liquiditätsrisiko zu tragen hat¹. Gleichwohl genügt aber ein Vermerk in Höhe der Kredit(rest)schuld, da die Muttergesellschaft die gesamte Kredit(rest)schuld durch eine Zahlung gemäß § 267 BGB ablösen kann und damit ihr Risiko im wesentlichen² auf die Kredit(rest)schuld begrenzen kann. Soweit das Darlehen am Bilanzstichtag noch nicht voll valutiert ist, will die herrschende Meinung ebenfalls die Höhe der Kreditschuld am Bilanzstichtag als Maßstab für den Vermerk heranziehen³. Kropff verlangt dagegen einen Vermerk in voller Höhe der Gewährleistungszusage⁴. Nach Sinn und Zweck des Bilanzvermerkes, aus der Bilanz nicht ersichtliche Risiken erkennbar zu machen, ist der Ansicht von Kropff zu folgen: denn ein auf die bisherige Valutierung begrenzter Vermerk zeigt nicht an, in welcher Höhe tatsächlich eine Inanspruchnahme droht⁵.

VI Einzelfragen

1. Abtretbarkeit

Wegen eines regelmäßig stillschweigend im Kreditvertrag zwischen Tochtergesellschaft und Kreditinstitut vereinbarten Ausschlusses der Abtretbarkeit⁶ kann das

1 Soweit Bordt und das IdW die Frage des allgemeinen Liquiditätsrisikos nur bei einer fehlenden Bezugnahme auf den Kredit in der Patronatserklärung I erörtern und auch dann im wesentlichen zu dem Ergebnis kommen, die Höhe der Kreditschuld sei der Maßstab, erhärten sie die hier vertretene Auffassung zusätzlich; wie hier auch Gerth, S. 195 und Mosch, S. 291/292.

2 Bei einer solchen Zahlung hat die Muttergesellschaft auch die Restzinsen zu zahlen, vgl. oben, S. 178; deshalb fordert Mosch, S. 292, einen Vermerk in Höhe der Kreditrestschuld zuzüglich der Restzinsen.

3 vgl. Bordt, S. 290; Adler/Düring/Schmaltz, § 151 Rdn 307; WP-Handbuch 1981, S. 781.

4 vgl. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Kropff, AktG § 151 Rn 130.

5 Ebenso Gerth, S. 194.

6 vgl. Sichter mann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, S. 160.

Kreditinstitut eine wirksame Abtretung seiner Ansprüche aus dem Kreditvertrag an einen Dritten¹ grundsätzlich nur mit Zustimmung der Tochtergesellschaft vornehmen. In einem so gelagerten Fall fragt es sich, wie die Rechte aus der Patronatserklärung I übergehen können und ob ein solcher Übergang zulässig ist.

Bei einer Forderungsabtretung des Kreditinstitutes gehen die sich aus der Patronatserklärung ergebenden Rechte nicht kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger der Kreditforderung über. § 401 BGB ist nicht einschlägig, da er nur die ausdrücklich in Absatz 1 genannten Rechte sowie andere unselbständige sichernde Nebenrechte erfaßt². Dagegen gilt § 401 BGB nicht für Gewährschaftsversprechen³ und Garantieverträge⁴, also auch nicht für die Patronatserklärung I⁵. Erforderlich ist daher eine rechtsgeschäftliche Abtretung zwischen dem Altgläubiger und dem Neugläubiger⁶.

Zu klären ist aber noch, ob eine solche Übertragung auch zulässig ist. Ein Ausschluß gemäß § 400 BGB und gemäß § 399 2. Alternative BGB liegt nicht vor, da weder besondere gesetzliche Bestimmungen die Pfändbarkeit der Patronatserklärung I ausschließen noch im Patronatsvertrag ein Abtretungsausschluß vereinbart worden ist. Zu untersuchen ist daher noch die 1. Alternative des § 399 BGB, nach der die Abtretung dann ausgeschlossen ist, wenn die Leistung an den neuen Gläubiger

1 Es war schon darauf hinzuweisen, daß dieser Ausschluß der Abtretbarkeit nicht gegenüber der Muttergesellschaft gilt, vgl. oben, S. 197 FN 5 und S. 216.

2 vgl. Münchner Kommentar/Roth, BGB, § 401 Rdn 3 u. 9; Palandt, Heinrichs, BGB, § 401 Anm 1a und b.

3 vgl. Münchner Kommentar/Roth, BGB, § 401 Rdn 9; Staudinger/Kaduk, 11. Aufl., BGB, § 401 Rdn 61; RGZ 60, 369.

4 vgl. Staudinger/Kaduk, 11. Aufl., BGB, § 401, Rdn 61.

5 Ebenso Obermüller, S. 34.

6 Ebenso Obermüller, S. 34; Möser, S. 1471.

nicht ohne Veränderung des Inhalts erfolgen kann. Eine solche Änderung liegt vor, wenn sich der Inhalt der Leistung selbst durch die Abtretung ändern würde, bei höchstpersönlichen Ansprüchen sowie bei Ansprüchen, bei denen die persönliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner wesentlich ist¹. Der Inhalt der Ausstattungsverpflichtung und Haftung ändert sich bei der Abtretung nicht, ein höchstpersönlicher Anspruch ist auch nicht gegeben, so daß allenfalls die wesentliche Bedeutung einer persönlichen Beziehung zwischen den Parteien maßgeblich sein könnte. Im Einleitungsteil dieser Arbeit ist hervorgehoben worden, daß persönliche Beziehungen zwischen Muttergesellschaft und Kreditinstitut eine große Rolle spielen können. Die Muttergesellschaft ist in der Regel auch daran interessiert, als Gläubiger das ihr bekannte Kreditinstitut zu behalten, auf dessen Entgegenkommen sie notfalls eher zählen darf². Das Gesetz mutet einem Schuldner jedoch grundsätzlich zu, solche Nachteile in Kauf zu nehmen³. Wesentlicher Gesichtspunkt für die Muttergesellschaft ist, daß die Tochtergesellschaft einen Kredit bewilligt bekommt. Wer dabei der Kreditgläubiger ist, dürfte bei einer Auswahl unter mehreren Kreditinstituten nachrangig sein. Man kann daher regelmäßig davon ausgehen, daß die Muttergesellschaft die Patronatserklärung jedem Kreditinstitut gegenüber abgegeben hätte, wenn eine solche Sicherheit notwendig gewesen wäre⁴. Dabei ist ein besonderer Anlaß, Rechte aus der Patronatserklärung I von einer Abtretbarkeit auszunehmen, nicht ersichtlich; die Abtretung der Sicherungsrechte der Patronatserklärung I

1 vgl. Palandt/Heinrichs, BGB., § 399 Anm. 2a u. b; Münchener Kommentar/Roth, § 399 Rdn 25 und 26.

2 vgl. Larenz, SchuR AT, § 34 II.

3 vgl. Larenz, a.a.O.

4 vgl. Obermüller, S. 33.

ist daher zulässig¹.

2. Pfändbarkeit und Verpfändbarkeit

Da die Übertragbarkeit der Rechte aus der Patronats-
erklärung I bereits bejaht worden ist und grundsätz-
lich alle übertragbaren Vermögensrechte pfändbar²
und verpfändbar³ sind, begegnet die Pfändbarkeit und
Verpfändbarkeit der Rechte aus der Patronatsklärung
I keinen Bedenken.

Allerdings dürften Pfändbarkeit und Verpfändbarkeit
praktisch kaum bedeutsam sein⁴. Wirtschaftlich ist sie
sowieso nur sinnvoll, wenn auch die Kreditforderung
gegen die Tochtergesellschaft gepfändet oder verpfändet
wird⁵.

Die Pfändung richtet sich nach § 829 ZPO oder nach § 857
ZPO, je nachdem, ob bereits eine Geldforderung vorliegt
oder nicht.

Für eine Verpfändung bedarf es eines Vertrages nebst einer
Anzeige an die Muttergesellschaft gemäß §§ 1274 I, 1280 BGB.

3. die Problematik des § 8 III VglO

Gemäß § 8 III VglO ist jedes außerhalb des Vergleichs-
vorschlages stehende Abkommen eines Schuldners oder
anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch das
diese bevorzugt werden, nichtig⁶.

1 vgl. Obermüller, S. 33; davon geht auch Möser, S. 1471
aus; gestützt wird dieses Ergebnis dadurch, daß bei den
der Patronatsklärung I ähnlichen Rechtsinstituten
Garantie und Bürgschaft ein Forderungsübergang nicht nur
statthaft, sondern bei der Bürgschaft sogar in § 401 HGB
angeordnet ist; weiterhin ist im Auge zu behalten, daß die
Muttergesellschaft auf die Zustimmung der Tochtergesell-
schaft zur Abtretung der Ansprüche aus dem Kreditvertrag
Einfluß nehmen kann und so auch mittelbar für sie die
Möglichkeit einer Steuerung der Abtretung der Rechte aus
der Patronatsklärung besteht; auch Seiler, S. 85.

2 vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 851 Anm 1;
Zöller, ZPO, § 851 Anm I.

3 vgl. Palandt/Bassenge, BGB, § 1273, Anm. 1; Erman/Ronke, BGB, §
1273 Rdn 2; Staudinger/Riedel/Wiegand, BGB, § 1273 Rdn 2ff.

4 vgl. Obermüller, S. 34; Möser, S. 1471.

5 vgl. Obermüller, S. 34.

6 vgl. Bley/Mohrbutter, VglO, § 8 Rdn 33.

Gibt die Muttergesellschaft die Patronatserklärung zu einem Zeitpunkt ab, in dem ein Vergleichsverfahren nicht erwartet werden konnte, wird das Abkommen also nicht mit Rücksicht auf den erwarteten Vergleich geschlossen, so findet § 8 III VglO keine Anwendung, da er eine Beziehung zum Vergleich voraussetzt¹.

Wird der Patronatsvertrag aber mit Rücksicht auf einen sich abzeichnenden Vergleich geschlossen, so fragt es sich, ob er ein Abkommen ist, das einzelne Gläubiger bevorzugt.

Eine Bevorzugung ist jede Besserstellung gegenüber den vergleichsbetroffenen Gläubigern². Die Verpflichtung zur Ausstattung der Tochtergesellschaft in solchem Umfang, daß eine Zahlungsunfähigkeit nicht eintritt, kommt mittelbar allen Gläubigern der Tochtergesellschaft zu Gute, da die Tochtergesellschaft so auszustatten ist, daß sie jederzeit über die benötigte Liquidität verfügt, um allen ihren Verpflichtungen nachzukommen.

Dies würde bedeuten, daß die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft so auszustatten hätte, daß ein Vergleich, der eine unter 100 % liegende Quote für die Gläubiger einschließlich des Kreditinstitutes vorsehen würde, abgewendet würde. Insofern wäre vom Effekt her der Gedanke vertretbar, es liege keine Bevorzugung des Kreditinstitutes vor.

Allerdings würde man dabei außer Acht lassen, daß nur das Kreditinstitut selbst einen Rechtsanspruch auf Ausstattung gegen die Muttergesellschaft hat und darüberhinaus, was wesentlich schwerer wiegen dürfte, daß der Anspruch auf Schadloshaltung aus der Haftungs-

1 vgl. Bley/Mohrbutter, VglO, § 8 Rdn 38.

2 vgl. Bley/Mohrbutter, VglO, § 8 Rdn 34.

übernahme ebenfalls nur dem Kreditinstitut zusteht und zudem diese Leistungen ausschließlich an das Kreditinstitut selbst fließen¹. Eine Bevorzugung ist daher zu bejahen.

Eine unter den oben erwähnten Voraussetzungen abgegebene Patronatserklärung ist daher nichtig, wenn es zu einer Vergleichsbestätigung kommt². Wenn dagegen der Vergleich unterbleibt oder der unternommene scheitert, so ist die Patronatserklärung wirksam³.

4. die Abgabe der Patronatserklärung bei drohendem Konkurs

Wenn die Muttergesellschaft die Patronatserklärung abgibt, um das Kreditinstitut von der Stellung eines Konkursantrages abzuhalten, mithin also die Eröffnung eines Konkursverfahrens bereits droht, so ist dieses anfechtungsfest. Denn die Anfechtungstatbestände der §§ 29 ff KO erfordern eine Gläubigerbenachteiligung, also eine objektive Benachteiligung der Konkursgläubiger in ihrer Gesamtheit⁴. Daran fehlt es jedoch.

5. die Frage der bankmäßigen Sicherheit⁵

Abschließend ist noch klarzustellen, daß die Patronatserklärung I nach dem hier vertretenen Verpflichtungsgehalt, Ausstattungsverpflichtung plus Haftungsübernahme, eine bankmäßige Sicherheit im Sinne der

1 Obermüller, S. 37 i.V.m. 36, sieht bei der von ihm lediglich als Ausstattungsverpflichtung angesehenen Patronatserklärung I eine Bevorzugung bereits darin, daß das Kreditinstitut entscheiden kann, ob und wann es seine Rechte ausübt; zudem stellt er aber auch darauf ab, daß das Kreditinstitut als einziger Gläubiger Schadensersatzansprüche aus der Verletzung der Ausstattungsverpflichtung herleiten kann.

2 vgl. Bley/Mohrbutter, VglO, § 8 Rdn 42.

3 vgl. Bley/Mohrbutter, a.a.O..

4 vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 29 Rdn 19.

5 die Frage der satzungsmäßigen Sicherheit im Sinne des Sparkassenrechts wird von Schraepler, S. 218, FN 9, bejaht, von Falter, S. 521 verneint und von Sperl, S. 738 offengelassen.

Ziffer 19 I AGB-Banken¹ darstellt².

Zwar ist eine Erfüllungsklage bezüglich der Ausstattungsverpflichtung nach hier vertretener Ansicht nicht möglich. Jedoch gewährt die Klage auf Schadloshaltung aus der Haftungsübernahme eine leichte und schnelle Verwertbarkeit³.

¹ Ebenso Ziffer 19 V 1 AGB-Sparkassen.

² Ebenso (bei abweichendem Verpflichtungsgehalt): Fischer/Schaffland, Heft 2, S. 39; Schaffland, S. 1023; wohl auch Mosch, S. 215; Köhler, S. 1346; zweifelnd Müllhaupt, S. 114; ablehnend Obermüller, S. 29, Gerth, S. 190 und Obermüller, ZIP 1982, S. 918.

³ Zum Begriff der bankmäßigen Sicherheit vgl. Großkommentar/Canaris, HGB, Bd. III/3, 2. Bearb., Bankvertragsrecht, Rdn. 2653.

§ 4 Patronatserklärungen II - V

Im folgenden sollen die Patronatserklärungen II - V, die von der Bedeutung her eindeutig hinter die Patronatserklärung I zurücktreten, untersucht werden. Dabei ist eine Konzentration auf wesentliche Aspekte geboten.

I) Die Patronatserklärung II lautet:

"Wir werden unseren Einfluß geltend machen, damit unsere Tochtergesellschaft ihren Verbindlichkeiten aus dem genannten Kredit nachkommt"¹.

1. Rechtsnatur

Zu Recht nimmt die einhellige Meinung an, daß es sich bei der Patronatserklärung II nicht um eine unverbindliche Beruhigungserklärung handelt: aus dem wirtschaftlichen Gewicht und der Bedeutung der Erklärung sowie des Kreditvertrages ergibt sich zweifelsfrei, daß die Muttergesellschaft bei Abgabe einer solchen Erklärung mit Rechtsbindungswillen handelt². Es liegt daher ein einseitig verpflichtender Vertrag sui generis vor³. Die Muttergesellschaft verspricht damit kein Entstehen für die Schuld der Tochtergesellschaft, so daß eine Garantie oder ein Schuldbeitritt nicht gegeben sein können⁴.

1 vgl. Mosch, S. 172; Gerth, S. 106; Obermüller, S. 16; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 211; Stellungnahme IdW, S. 1925; Möser, S. 1471; Köhler, S. 1347; Müllhaupt, S. 113; Schaffland, S. 1024; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Bodenstein/Jahn, S. 98; Sperl, S. 737; Nielsen, S. 184; Scholz/Lwowski, S. 356; Schneider, S. 306 mit dem Text: "to exercise its influence on the subsidiary that it meets its financial obligations"; Köhler, S. 1348 gebraucht dafür den Begriff "Managementklausel".

2 vgl. Gerth, S. 106; Mosch, S. 172; Obermüller, S. 16; indirekt Möser, S. 1471; Müllhaupt, S. 113; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Schaffland, S. 1024; Sperl, S. 737; Scholz/Lwowski, S. 357.

3 vgl. Mosch, S. 173; Obermüller, S. 16.

4 vgl. Gerth, S. 106; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 212; Stellungnahme IdW, S. 1922 und 1925; Möser, S. 1471; Müllhaupt, S. 113; Schneider, S. 307; Köhler, S. 1348.

Da die Muttergesellschaft als Konzernzentrale den Patronatsvertrag nur im Interesse des Kreditinstitutes abgeschlossen hat, kann die Tochtergesellschaft aus der Patronatserklärung II keine Rechte herleiten¹; ein echter Vertrag zugunsten Dritter ist nicht anzunehmen^{2/3}.

2. Erfüllungsansprüche

Die Muttergesellschaft verspricht in der Patronatserklärung II ihre Einflußnahme auf die Tochtergesellschaft, damit diese ihren Kreditverbindlichkeiten nachkommt. Damit sagt sie aber kein Einstehen für die Schuld der Tochtergesellschaft zu⁴, sondern lediglich eine besonders gründliche Überprüfung aller Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Kredit, eine Überwachung der Tochtergesellschaft und erforderlichenfalls ein Eingreifen durch geeignete Maßnahmen⁵. Geld- oder Sachmittel hat die Muttergesellschaft demgemäß nicht einzusetzen⁶.

Mosch hat darauf hingewiesen, daß die Muttergesellschaft auch nicht verpflichtet ist, bei der Tochtergesellschaft unternehmerische Maßnahmen durchzusetzen, um langfristig die benötigte Liquidität zu sichern⁷. Eine solche Leistung ist nicht zugesagt. Denn versprochen ist lediglich, die Tochtergesellschaft im Rahmen von deren wirtschaftlichen Möglichkeiten dahingehend zu beeinflussen,

1 Obermüller bringt dafür ein Beispiel, vgl. S. 17.

2 vgl. Mosch, S. 173; Obermüller, S. 17; Möser, S. 1471.

3 Obermüller weist zudem noch darauf hin, daß die Tochtergesellschaft durch die Patronatserklärung II zur Duldung einer Beeinflussung durch die Muttergesellschaft rechtlich nicht verpflichtet werden kann, da solche Verträge zu Lasten Dritter nicht anerkannt sind, vgl. S. 17.

4 s. o. S. 243, FN 4, insbesondere, Gerth, S. 107.

5 vgl. Obermüller, S. 18; Müllhaupt, S. 113.

6 vgl. Obermüller, S. 18; Schaffland, S. 1024; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Stellungnahme IdW, S. 1925; Scholz/Lwowski, S. 357; Köhler, S. 1348; Mosch, S. 173.

7 vgl. Mosch, S. 173.

der Kreditverbindlichkeit nachzukommen¹. Eine konkrete Beeinflussung der Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft ist vom Wortlaut der Erklärung grundsätzlich nicht gedeckt. Soweit Müllhaupt der Ansicht ist, die Muttergesellschaft sei aufgrund der Patronatserklärung II auch verpflichtet, der Tochtergesellschaft eine weitere Verschuldung zu untersagen², ist dem zuzustimmen, weil darin keine Beeinflussung einer Geschäftspolitik gesehen werden kann, die einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung entspricht.

Eine solche Einflußnahme kann unterschiedlich ausfallen, zum Teil beruht das auch auf den zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft bestehenden Beziehungen.

Soweit zwischen den Gesellschaften ein Beherrschungsvertrag besteht, ist die Muttergesellschaft berechtigt, dem Leitungsorgan direkte Weisungen zu erteilen³. Bei einer GmbH müssen die Geschäftsführer, auch soweit kein Beherrschungsvertrag besteht, Weisungen respektieren: allerdings nur Weisungen der Gesellschafter, die auf einem Beschluß der Gesellschafterversammlung beruhen oder denen alle Gesellschafter zustimmen⁴. Bei einer AG oder einer GmbH mit Aufsichtsrat kann die Muttergesellschaft Einfluß nehmen über die ihr zuzurechnenden Aufsichtsratsmitglieder: gemäß § 111 I. AktG bzw. § 52 I GmbHG iVm § 111 I AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen, wobei Gegenstand der Überwachung nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern grundsätzlich auch die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung ist⁵. Dabei ist die Muttergesellschaft auch ver-

1 vgl. Mosch, S. 173.

2 vgl. Müllhaupt, S. 113.

3 Für die AG vergleiche § 308 I 1 AktG, für die GmbH vergleiche Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht, in: Der GmbH-Konzern, S. 3, 19; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 9 B IV.

4 vgl. Reh binder, Konzernaußenrecht, S. 239; vgl. auch §§ 46 Nr. 6, 48 GmbHG.

5 vgl. Großkommentar/Meyer-Landrut, AktG, § 111 Ann. 3.

pflichtet, notfalls, soweit möglich¹, ein Aufsichtsratsmitglied, das dieser Verpflichtung im Hinblick auf den Kreditvertrag nicht gewissenhaft nachkommt, abzuverufen².

Soweit die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft Weisungen erteilen kann, fragt es sich, ob die Patronatserklärung II die Muttergesellschaft auch verpflichtet, dem Kreditinstitut durch eine Einzelweisung eine bevorzugte Befriedigung zu verschaffen. Zu denken ist hierbei an den Fall, daß während der Kreditlaufzeit ein Liquiditätsengpaß oder gar eine Insolvenz droht und die Muttergesellschaft durch eine Weisung an die Tochtergesellschaft eine bevorzugte Befriedigung des Kreditinstitutes vor allen anderen Gläubigern erreichen könnte.

Ansatzpunkt zur Beantwortung dieser Frage ist die Überlegung, daß die Muttergesellschaft ihre Einflußnahme nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen ausüben darf³. Zwar erlaubt § 308 I 2 AktG für den Fall des Vorliegens eines Beherrschungsvertrages mangels abweichender Vereinbarung auch nachteilige Weisungen an die Tochtergesellschaft. Gleiches gilt für die GmbH⁴. Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer haben aber bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes walten zu lassen⁵. Aus diesem Spannungsfeld ergibt sich die Beantwortung der Frage, die letztendlich wohl nur im Einzelfall konkret erfolgen kann. Allgemein läßt sich sagen, daß eine entsprechende Einzelweisung dann nicht von der Muttergesellschaft verlangt werden kann, wenn die Ausführung der Weisung bei der Tochtergesellschaft eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Drittgläubiger gemäß § 826 BGB darstellen würde⁶. Diese Wertung wird durch die Rechtsprechung getragen⁷. Schon

1 vgl. § 103 II 1 AktG.

2 vgl. Obermüller, S. 18.

3 vgl. Mosch, S. 174; Entwurf IdW, S. 120; Stellungnahme IdW, S. 1922; Schneider, S. 307.

4 vgl. Emmerich/Sonnenschein, § 9 B IV 3a.

5 vgl. § 93 I 1 AktG und § 43 I GmbHG.

6 So wohl auch Mosch, S. 175 und 176.

7 vgl. BGHZ 15, 385/386; RGZ 161, 144/145.

das RG¹ hat Nichtigkeit eines Gesellschafter-
beschlusses einer GmbH angenommen, der seinem inneren
Gehalt nach in einer sittenwidrigen Schädigung von
Personen bestand, die den Beschluß nicht anfechten
konnten und auch der BGH² hat einen solchen Beschluß
als fehlerhaft bezeichnet. Durch einen solchen Be-
schluß kann also auch nicht die Geschäftsführung
zur Ausführung der sittenwidrigen Schädigung ange-
wiesen werden. Dementsprechend kann also die Mutter-
gesellschaft nicht eine solche Weisung wirksam an die
Geschäftsführer einer Tochter-GmbH richten. Das gleiche
muß auch gelten, wenn die Muttergesellschaft ein
Weisungsrecht aufgrund eines Beherrschungsvertrages
hat³.

Festzuhalten ist daher, daß die Muttergesellschaft
jedenfalls dann nicht zu einer Einzelweisung zwecks
Bevorzugung des Kreditinstitutes verpflichtet ist,
wenn die Ausführung der Weisung eine vorsätzliche
sittenwidrige Schädigung der Drittgläubiger bedeuten
würde. Unterhalb dieser Grenze scheint dagegen eine
Bevorzugung zulässig und deshalb die Muttergesell-
schaft auch zu einer solchen verpflichtet^{4/5}.

Sofern zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft kein
Beherrschungsvertrag besteht, besitzt die Mutterge-
sellschaft an sich kein Weisungsrecht, verfügt je-
doch aufgrund ihrer faktischen Leitungsmacht über die
Möglichkeit, auch unverbindlichen Empfehlungen Nach-
druck zu verleihen.

1 vgl. RGZ 161, 144/145.

2 vgl. BGHZ 15, 386.

3 vgl. auch Großkommentar/Würdinger, AktG, § 308 Anm. 11.

4 Jede Bevorzugung lehnen ab: Gerth, S. 108; Mosch, S.

175; Obermüller, S. 17; Erläuterungen IdW, S. 212;

Stellungnahme IdW, S. 1925; Schaffland, S. 1024;

Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schneider, S.

307; anderer Ansicht ist auch Köhler, S. 1348, der

einer Bevorzugung, anscheinend ohne Schranken, zustimmt.

5 Köhler nimmt eine Vollstreckbarkeit gemäß § 888 ZPO an.

3) Ansprüche wegen Nichterfüllung

Wenn die Muttergesellschaft nur unzureichend oder überhaupt nicht ihren Einfluß in der geforderten Art geltend macht, stehen dem Kreditinstitut bei schuldhaftem Handeln der Muttergesellschaft¹ Ansprüche aus pVV oder auch § 280 BGB zu².

Ein Beweis für eine Pflichtverletzung wird jedoch von dem Kreditinstitut nur äußerst schwierig zu erbringen sein³.

Darüber hinaus wird der Nachweis der adäquaten Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schadenseintritt erhebliche Schwierigkeiten bereiten⁴. Oft wird unklar sein, was die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft verursacht hat. Der Kausalzusammenhang kann z. B. deshalb fehlen, weil eine Kreditrückzahlung trotz sorgfältiger Geschäftsführung mangels Geldmittel nicht möglich ist⁵. Ein Nachweis wird dem Kreditinstitut aber gelingen, wenn bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung der Leitungsorgane der Tochtergesellschaft wirtschaftliche Schwierigkeiten erst gar nicht aufgetreten wären⁶.

1 vgl. Obermüller, S. 19; Müllhaupt, S. 113; soweit sich die Muttergesellschaft der Aufsichtsratsmitglieder bedient, hat sie deren Verschulden gemäß § 278 BGB zu vertreten, vgl. Mosch, S. 178 sowie Obermüller, S. 19; letzterer auch mit der Erörterung der Problematik, ob § 278 BGB auf Aufsichtsratsmitglieder anwendbar ist.

2 vgl. Gerth, S. 110; Mosch, S. 177; Möser, S. 1471; Obermüller, S. 18; einen Schadenersatzanspruch überhaupt scheint Sperl, S. 737, abzulehnen.

3 vgl. Obermüller, S. 18; Schneider, S. 307; Mosch, S. 177.

4 vgl. Obermüller, S. 19; Gerth, S. 110; Müllhaupt, S. 113; Schneider, S. 307; Scholz/Lwowski, S. 357; Mosch, S. 177.

5 vgl. Schaffland, S. 1024; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39.

6 vgl. Obermüller, S. 18/19; Mosch, S. 178.

4) Bilanzierung

Nach den vorstehenden Ausführungen ist es offensichtlich, daß die Patronatserklärung II keinen Gewährleistungsvertrag darstellt¹. Eine Vermerkpflcht scheidet damit aus¹.

Da auch kein Haftungsverhältnis iSd § 160 III Nr. 7 AktG vorliegt, scheidet auch eine Berichtspflicht im Geschäftsbericht aus².

Die Bilanzierung der Schadensersatzverpflichtung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen³.

1 vgl. Obermüller, S. 40; Gerth, S. 111; Nielsen, S. 184; Schaffland, S. 1024; Entwurf IdW, S. 120; Stellungnahme IdW, S. 1922; auch Köhler, S. 1348/1349.

2 vgl. Entwurf IdW, S. 120; Stellungnahme IdW, S. 1922; Schaffland, S. 1024; Obermüller, S. 43.

3 vgl. Entwurf IdW, S. 120; Stellungnahme IdW, S. 1922; Obermüller, S. 43; Gerth, S. 111.

II. Die Patronatserklärung III hat den Wortlaut:

"Wir beabsichtigen nicht, die Beteiligung an unserer Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredites zu reduzieren oder aufzugeben. Sollten wir entgegen dem bisher gesagten eine Aufgabe oder wesentliche Reduzierungen unserer Beteiligung in Erwägung ziehen, werden wir uns rechtzeitig mit Ihnen in Verbindung setzen, um eine zufriedenstellende Lösung zu finden."¹

1. Rechtsnatur

Es entspricht einhelliger Meinung, daß der 1. Satz der Patronatserklärung III keine rechtliche Verbindlichkeit darstellt, vielmehr eine reine Absichtserklärung enthält². Das ergibt sich schon unzweifelhaft aus dem nachfolgenden 2. Satz der Erklärung. Die Muttergesellschaft ist daher durch die Patronatserklärung III nicht gehindert, ihre Beteiligung an der Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredites zu reduzieren oder aufzugeben³.

-
- 1 vgl. Mosch, S. 135; Bodenstein/Jahn, S. 97; Möser, S. 1470; Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 11; Gerth, S. 90; Lwowski, 2. Aufl. 1974, S. 43; Müllhaupt, S. 112; Falter, S. 520; Bodenstein/Eberth, S. 67; Huber, S. 59; Entwurf IdW, S. 120; Erläuterungen IdW, S. 210; Stellungnahme IdW, S. 1924; Bordt, S. 295; Schraepfer, S. 215; Rümker, S. 994; Geigy-Werthemann, S. 21, 28, 33; Bergström/Schultsz/Käser, S. 52; Brink, S. 91; Sperl, S. 737; Nielsen, S. 184; v. Westphalen, S. 201; Scholz/Lwowski, S. 356; Schneider, S. 306; Altenburger, S. 36, 51; Köhler, S. 1338.
- 2 vgl. Möser, S. 1470; Schaffland, S. 1025; Sperl, S. 737; Obermüller, S. 11; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Scholz/Lwowski, S. 358; v. Westphalen, S. 202; Müllhaupt, S. 112; Köhler, S. 1347.
- 3 vgl. Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Schaffland, S. 1025.

Nach absolut herrschender Meinung enthält Satz 2 dagegen eine rechtliche Verpflichtung¹. Köhler ist hingegen der Ansicht, auch Satz 2 entfalte keine rechtliche Verbindlichkeit, da der Vereinbarung die nötige Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit fehle und sie deshalb nichtig sei². Köhler ist jedoch nicht beizupflichten. Zwar ist ihm zuzustimmen, daß die Patronatserklärung III eine gewisse Unbestimmtheit enthält³; diese bezieht sich jedoch nicht auf die rechtliche Verpflichtung unmittelbar, sondern auf das nur sehr wenig konkretisierte Verhandlungsziel, die Findung einer zufriedenstellenden Lösung⁴. Denn erklärtes Ziel der Patronatserklärung III ist die Aufnahme von Verhandlungen, wenn die Muttergesellschaft eine (teilweise) Aufgabe der Beteiligung beabsichtigt. Die Patronatserklärung III ist daher ein einseitig verpflichtender Vertrag sui generis⁵.

2. Erfüllungsansprüche

Nach dem Erklärungsinhalt der Patronatserklärung III hat das Kreditinstitut gegen die Muttergesellschaft einen Anspruch auf die Durchführung von Verhandlungen zur Erreichung einer zufriedenstellenden Lösung bezüglich der für das Kreditinstitut neuen Situation⁶. Aus der Erklärung ergibt sich nicht, daß das Kreditinstitut einen Anspruch auf Sicherheitsleistung,

1 vgl. Mosch, S. 136; Scholz/Lwowski, S. 358; v. Westphalen, S. 202; Möser, S. 1471; Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 12; wohl auch Sperl, S. 737; für die Rechtsverbindlichkeit sprechen dieselben Argumente wie bei der Patronatserklärung II.

2 vgl. Köhler, S. 1347.

3 Davon spricht auch v. Westphalen, S. 202.

4 vgl. Mosch, S. 137.

5 vgl. Obermüller, S. 12; daß ein Interzessionsvertrag nicht vorliegt, ist offensichtlich, vgl. auch Mosch, S. 135.

6 vgl. Möser, S. 1471; Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 12, 13; Mosch, S. 136; v. Westphalen, S. 202.

Mittelzuführung oder unterstützende Maßnahmen hat¹.

Der Anspruch des Kreditinstitutes geht auf das Suchen einer zufriedenstellenden Lösung, nicht unbedingt auf das Finden². Das heißt, daß Kreditinstitut hat keinen Anspruch auf eine bestimmte Lösung³, es sei denn, die Ablehnung einer bestimmten Lösung würde im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen, weil jeder andere Lösungsweg für das Kreditinstitut unzumutbar wäre⁴. Die Muttergesellschaft muß sich aber redlich um eine Lösung bemühen⁵. In diesem Rahmen kann sie sich nicht nur auf eine bloße Teilnahme an Verhandlungen beschränken⁶, sie muß vielmehr auch eigene Vorschläge zur Bewältigung der neuen Situation machen⁷. Lösungsvorschläge sind z. B. die Stellung klassischer Sicherheiten⁸, eine Abkaufsverpflichtung⁹, die Muttergesellschaft tilgt den Restkredit¹⁰, das Kreditinstitut verzichtet (eventuell wegen einer geringen Restquote) auf eine Kreditbesicherung¹¹ oder die Muttergesellschaft sorgt dafür, daß der Erwerber der Beteiligung dem Kreditinstitut eine zufriedenstellende Rechtsposition einräumt¹². Bei allen Lösungsmöglichkeiten ist aber im Einzelfall zu untersuchen, ob diese auch für beide Seiten zufriedenstellend bzw. akzeptabel sind.

1 vgl. Möser, S. 1471; Mosch, S. 136; Bodenstein/Jahn, S. 98; Stellungnahme IdW, S. 1924; Erläuterungen IdW, S. 210.

2 vgl. Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Schaffland, S. 1025; Sperl, S. 737.

3 vgl. Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 13; v. Westphalen, S. 202; Mosch, S. 137.

4 vgl. Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 13; Mosch, S. 137.

5 vgl. Schaffland, S. 1025; Obermüller, S. 14; Mosch, S. 136; Scholz/Lwowski, S. 358.

6 vgl. Mosch, S. 136.

7 vgl. Mosch, S. 137; Obermüller, S. 14.

8 vgl. Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 12; Mosch, S. 137.

9 vgl. Mosch, S. 137; Obermüller, DB 1976, 901 ff.

10 vgl. Mosch, a.a.O.,

11 vgl. Mosch, a.a.O..

12 vgl. Mosch, a.a.O..

Der Erfüllungsanspruch wird fällig, wenn die Muttergesellschaft ernstlich eine Beteiligungs-herabsetzung oder -aufgabe erwägt¹. Nicht schon jede Erörterung im Management der Muttergesellschaft ist dafür ausreichend, sondern erst die Tatsache, daß "der Meinungsbildungsprozeß soweit fortgeschritten ist, daß für die Muttergesellschaft eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse ernsthaft in Betracht kommt."² Dieser Zeitpunkt liegt regelmäßig vor der endgültigen Entscheidung und der Suche nach einem Erwerber. Der erste Schritt hat von der Muttergesellschaft auszugehen und wird in der Regel in einer Benachrichtigung des Kreditinstitutes liegen³.

Eine wesentliche Reduzierung der Beteiligung ist gegeben, wenn gesellschaftsrechtlich relevante Prozentgrenzen mit der verbleibenden Beteiligung unterschritten werden⁴. Zu nennen ist hierbei insbesondere die verbleibende Beteiligung, die eine Quote von mehr als 50 % umwandelt in 50 % oder weniger⁵. Das gleiche hat zu gelten, wenn die Satzung eine größere Mehrheit oder weitere Erfordernisse vorschreibt (§ 133 I AktG)⁶. Aber auch die 75 %-Grenze ist als beachtlich anzusehen, da die Muttergesellschaft dann z. B. nicht mehr autonom eine für notwendig erachtete Kapitalerhöhung durchführen kann (§ 193 I 1 AktG)^{7/8}.

1 vgl. Obermüller, ZGR 1975, S. 12.

2 vgl. Mosch, S. 112.

3 vgl. Obermüller, S. 13.

4 vgl. Obermüller, S. 12; Mosch, S. 113.

5 vgl. Obermüller, S. 12; auch Mosch, S. 113.

6 vgl. Mosch, S. 113; Obermüller, S. 13.

7 vgl. FN 6.

8 Zu konzerninternen Transaktionen kann nur im Einzelfall Stellung genommen werden; entscheidend ist die Einflußmöglichkeit der Muttergesellschaft auf die erwerbende Gesellschaft.

Darauf hinzuweisen ist noch, daß ein`Unterschreiten der Prozentgrenzen auch durch eine Kapitalerhöhung bei gleichzeitigem Eintritt neuer Gesellschafter in die Tochtergesellschaft eintreten kann; auch dies ist als Reduzierung der Beteiligung anzusehen.

3) Ansprüche wegen Nichterfüllung

Wenn die Muttergesellschaft das Kreditinstitut bei einer beabsichtigten Aufgabe oder Reduzierung nicht benachrichtigt, Verhandlungen verweigert oder ohne triftigen Grund Verhandlungen abbricht bzw. sich darauf beschränkt, Vorschläge des Kreditinstitutes als nicht akzeptabel zurückzuweisen, verletzt sie ihre Pflichten aus der Patronatserklärung III¹.

Soweit die Parteien in den Verhandlungen keine Einigkeit erzielen, wird dem Kreditinstitut der Beweis für eine Pflichtverletzung der Muttergesellschaft große Schwierigkeiten bereiten².

Auch der Nachweis der Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden des Kreditinstitutes³, die Erfassung des Schadens selbst⁴ und der Beweis des Verschuldens der Muttergesellschaft⁵ stellen das Kreditinstitut vor große Probleme. Der Wert der Patronatserklärung III als Kreditsicherungsmittel ist daher als gering zu veranschlagen.

1 vgl. Möser, S. 1471; Mosch, S. 138; Obermüller, S. 13.

2 vgl. Schaffland, S. 1025; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 40; Obermüller, S. 14; Mosch, S. 138.

3 vgl. Obermüller, S. 14; Müllhaupt, S. 113 für eine ähnliche Erklärung.

4 vgl. Mosch, S. 138; Obermüller, S. 14; Müllhaupt, S. 113 für eine ähnliche Erklärung.

5 vgl. Obermüller, S. 14; Mosch, S. 138.

4. Bilanzierung

Die Patronatserklärung III unterliegt keiner Vermerkpfllicht¹ und auch keiner Berichtspflicht².

III Die Patronatserklärung IV lautet:

"Die Firma X ist eine y-%-ige Tochtergesellschaft von uns. Wir erklären, daß die Geschäftsleitung unser volles Vertrauen genießt."³

1. Rechtsnatur

Mit der Abgabe der Patronatserklärung IV gibt die Muttergesellschaft Auskunft über die zum Zeitpunkt der Abgabe gegebenen Verhältnisse zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft⁴.

Fraglich ist aber, ob die Muttergesellschaft einen Auskunftsvertrag schließt oder ob sie nur aus Gefälligkeit handelt. Grundlegend geht § 676 BGB, der auch für eine Auskunft gilt⁵, davon aus, daß die Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder einer Auskunft kein Rechtsgeschäft darstellt, mithin also eine bloße Gefälligkeit bedeutet. Anderes hat jedoch zu gelten, vom Gesetz als Ausnahme gesehen, in der Praxis aber wohl die Regel⁶, wenn eine vertragliche Basis für die Auskunft besteht.

1 vgl. Schaffland, S. 1025; Stellungnahme IdW, S. 1924; Erläuterungen IdW, S. 210; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 41; Obermüller, S. 40; Nielsen, S. 184; Scholz/Lwowski, S. 358; auch Köhler, S. 1347 mit seiner im übrigen abweichenden Meinung.

2 vgl. Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 41; Nielsen, S. 184; Scholz/Lwowski, S. 358.

3 vgl. Mosch, S. 77 und S. 86; Obermüller, S. 4; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schaffland, S. 1024; Mühlhaupt, S. 112; Köhler, S. 1338; Möser, S. 1470; Sperl, S. 737; v. Westphalen, S. 199; Scholz/Lwowski, S. 356; Böhlhoff, letters of responsibility, International Business Lawyer 1978, S. 290.

4 vgl. Obermüller, S. 4; Mosch, S. 77.

5 vgl. Soergel/Mühl, BGB, § 676 Rdn 1; Staudinger/Nipperdey, BGB, 11. Aufl., § 676 Rdn 4; Erman/Hanß, BGB, § 676 Rdn 1; RGRK/Steffen, BGB, § 676 Rdn 10.

6 vgl. Erman/Hanß, BGB, § 676 Rdn 1; auch RGRK/Steffen, BGB, § 676 Rdn 10.

In Frage käme hier ein stillschweigender Vertragsschluß eines Auskunftsvertrages gemäß §§ 151, 157 BGB¹. Es ist daher zu untersuchen, ob die Patronatserklärung IV als Angebot auf Abschluß eines Auskunftsvertrages zu werden ist.

Rechtsprechung und Literatur haben bei Auskünften im geschäftlichen Verkehr im großen Maße das Zustandekommen eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages bejaht². Wird eine Auskunft tatsächlich erteilt oder als schriftliche ausgehändigt, so kann allgemein (und nicht nur bei Auskünften bestimmter Berufsgruppen) in diesem Verhalten der Abschluß eines Auskunftsvertrages liegen: Voraussetzung ist aber, daß objektiv für den Auskunftgeber erkennbar sein muß, daß die Auskunft für den Empfänger von erheblicher Bedeutung ist und von ihm zur Grundlage wesentlicher Maßnahmen auf wirtschaftlichem, rechtlichem oder tatsächlichem Gebiet gemacht werden soll³. Indiz dafür ist insbesondere, wenn der Auskunftsgeber wegen seiner besonderen Sachkunde um Auskunft gebeten wird oder er ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Auskunftserteilung hat⁴.

In der Einleitung zu dieser Untersuchung ist bereits erläutert worden, daß Patronatserklärungen meist das Ergebnis intensiver Verhandlungen zwischen Muttergesellschaft und Kreditinstitut sind, in denen es darum geht, eine für das Kreditinstitut akzeptable Sicherung des Kreditvertrages mit der Tochtergesellschaft zu finden, da das Kreditinstitut den Kredit nicht blanco herauslegen will. Damit ist für die Muttergesellschaft objektiv erkennbar, daß die Auskunft für das Kreditinstitut von erheb-

-
- 1 Ein ausdrücklicher Auskunftsvertrag liegt regelmäßig nicht vor, da die Parteien eine solche Abrede bereits vor Abgabe der Patronatserklärung IV nicht geschlossen haben dürften.
 - 2 vgl. BGH WM 1974, 686; BGH WM 1969, 37; BGHZ 7, 374; RGZ 101, 301; Staudinger/Nipperdey, 11. Aufl., BGB, § 676 Rdn 10 ff; Soergel/Mühl, BGB, § 676, Rdn 8; Palandt/Thomas, BGB, § 676 Anm. 3b; RGRK/Steffen, § 676 Rdn. 31.
 - 3 vgl. BGHZ 7, 374; BGH LM § 676 Nr. 7; BGH NJW 1972, 1200; BGH NJW 1972, 680; RGRK/Steffen, BGB, § 676 Rdn 31; Staudinger/Nipperdey, 11. Aufl., BGB, § 676 Rdn 12.
 - 4 vgl. BGH VersR 1966, 1034; BGH WM 1969, 37; BGHZ 7, 374; BGH LM § 676 Nr. 7; RGRK/Steffen, BGB, § 676 Rdn 32 und 35; Soergel/Mühl, BGB, § 676 Rdn 8.

licher Bedeutung ist und auch von ihm zur Grundlage der wesentlichen wirtschaftlichen Frage gemacht wird, ob der Kreditvertrag mit der Tochtergesellschaft geschlossen wird oder nicht. Auch liegen die Indizien vor: die Muttergesellschaft verfügt als Konzernzentrale und damit als Führungs- und Kontrolleinheit über die besondere Sachkunde bezüglich der Tatsachen, über die Auskunft erteilt wird, und sie hat ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Auskunftserteilung, das sich unmittelbar aus der konzernmäßigen Verbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ergibt. In der Übersendung der Patronatserklärung IV ist daher ein Angebot auf Abschluß eines Auskunftsvertrages zu sehen; es ist daher ein stillschweigender Auskunftsvertrag anzunehmen¹. Da wegen des eigenen wirtschaftlichen Interesses der Muttergesellschaft Entgeltlichkeit zu bejahen ist und da ein Ergebnis, nämlich eine auf Erkundigung und Prüfung beruhende Auskunft, und nicht nur eine Tätigkeit geschuldet wird, liegt ein Werkvertrag vor².

2. Erfüllungsansprüche

Aufgrund des Auskunftsvertrages hat die Muttergesellschaft über das Beteiligungsverhältnis und die Einschätzung der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft richtig, vollständig und gewissenhaft Auskunft zu erteilen³. Dies umfaßt auch, daß Verkaufsverhandlungen über die Beteiligung dem Kreditinstitut mitgeteilt werden müssen⁴. Gleiches gilt für Verfehlungen bzw. Befürchtungen bezüglich Verfehlungen der Geschäftsleitung⁵. Auch ist

1 vgl. Obermüller, S. 6; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schaffland, S. 1024; Mosch, S. 84 und 87; Möser, S. 1470; Scholz/Lwowski, S. 358; v. Westphalen, S. 200; Sperl, S. 737; anderer Ansicht wohl Böhlhoff, S. 290 "clearly non-committing language".

2 vgl. Mosch, S. 84; Obermüller, S. 5; Erman/Hanß, BGB, § 676 Rdn2..

3 vgl. Obermüller, S. 6; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schaffland, S. 1024; Möser, S. 1470; Mosch, S. 84 und 87.

4 vgl. Obermüller, S. 6; Mosch, S. 85.

5 vgl. Obermüller, S. 6; Mosch, S. 87.

mitzuteilen, ob die Beteiligung direkt oder indirekt gehalten wird und ob ein Teil der Beteiligung aus nicht stimmberechtigten Vorzugsaktien (§ 139 AktG) besteht, weil dies für die Beurteilung der Einflußmöglichkeit der Muttergesellschaft maßgebend ist¹.

Die Muttergesellschaft hat Fehler der Auskunft, die zum Zeitpunkt der Auskunft schon vorlagen, aber erst später erkannt werden, zu berichtigen². Dagegen ist die Muttergesellschaft nicht verpflichtet, nachträgliche Veränderungen des Auskunftsgegenstandes dem Kreditinstitut mitzuteilen³.

Einen weitergehenden Erfüllungsanspruch besitzt das Kreditinstitut nicht⁴. Insbesondere trifft die Muttergesellschaft keine Verpflichtung, für die Verbindlichkeit der Tochtergesellschaft einzustehen⁵. Bei einer späteren Veräußerung der Beteiligung hat das Kreditinstitut keinen Anspruch auf Unterrichtung oder gar auf Sicherstellung⁶. Selbstverständlich ist, daß die Muttergesellschaft nicht verpflichtet ist, den mit der Auskunft geschilderten Zustand aufrechtzuerhalten⁷.

3. Ansprüche wegen Nichterfüllung

Eine unvollständige oder unrichtige Auskunft bedeutet eine Verletzung des Auskunftsvertrages⁸. Diese positive Vertragsverletzung⁹, für das Verschulden gilt § 282 BGB¹⁰, führt bei adäquater Kausalität¹¹ zur Verpflichtung der Muttergesellschaft, den Schaden des Kreditinstitutes

1 vgl. Mosch, S. 84.

2 vgl. Mosch, S. 85 und 87; Erman/Hanß, BGB, § 676 Rdn 6.

3 vgl. RG JW 1917, 285; Soergel/Mühl, BGB, § 676 Rdn 14; differenzierter RGRK/Steffen, BGB, § 676 Rdn 53.

4 vgl. Obermüller, S. 6; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schaffland, S. 1024; Müllhaupt, S. 112; Möser, S. 1470; Mosch, S. 85 und 88.

5 vgl. Mosch, S. 88; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schaffland, S. 1024; Möser, S. 1470; Obermüller, S. 7.

6 vgl. Obermüller, S. 6.

7 vgl. Mosch, S. 78; Obermüller, S. 4.

8 vgl. Obermüller, S. 6; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schaffland, S. 1024; Sperl, S. 737; v. Westphalen, S. 199/200; Scholz/Lwowski, S. 358.

9 vgl. Mosch, S. 85 und 88.

10 vgl. Mosch, S. 86 und 88.

11 vgl. Möser, S. 1470; Mosch, S. 86 u. 88.

auszugleichen¹. Die Beweissituation des Kreditinstitutes muß in dieser Situation als schwierig bezeichnet werden². Daneben scheint ein Anspruch gemäß § 826 BGB möglich³.

4. Bilanzierung

Für die Patronatserklärung IV besteht weder eine Vermerkspflicht noch eine Berichtspflicht⁴.

IV Die Patronatserklärung V

Ihr Wortlaut:

"Wir haben mit Rücksicht auf unser Ansehen
Verbindlichkeiten unserer Tochtergesellschaft
stets so behandelt wie eigene Verbindlichkeiten."⁵

1. Rechtsnatur

Nach einhelliger Ansicht handelt es sich bei der Patronatserklärung V nicht um eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit, sondern um eine bloß moralische Verpflichtungserklärung⁶. Dem ist beizupflichten.

1 Zu ersetzen ist das positive Interesse; a.A. Seiler, S. 62.

2 vgl. Sperl, S. 737; Mosch, S. 86 und 88; Möser, S. 1470.

3 vgl. Obermüller, S. 7; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 39; Schaffland, S. 1024; Scholz/Lwowski, S. 358.

4 vgl. Schaffland, S. 1024; Obermüller, S. 39 und 43; Mosch, S. 281 und 300; v. Westphalen, S. 200.

5 vgl. Mosch, S. 63; Gerth, S. 52; Köhler, S. 1338; Müllhaupt, S. 113; Schaffland, S. 1024; Obermüller, S. 15; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Erläuterungen IdW, S. 210; Stellungnahme IdW, S. 1924; Sperl, S. 737; v. Westphalen, S. 199; Scholz/Lwowski, S. 356; Böhlhoff, S. 291; Altenburger, S. 44; Schneider, S. 307.

6 vgl. Gerth, S. 56; Mosch, S. 64; Müllhaupt, S. 113; Schaffland, S. 1024; Stellungnahme IdW, S. 1924; Erläuterungen IdW, S. 210; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Obermüller, S. 15; v. Westphalen, S. 200; Scholz/Lwowski, S. 357; Altenburger, S. 45; Sperl, S. 737; Schneider, S. 307; Seiler, S. 19; Schröder, S. 553; Obermüller, ZIP 1982, S. 917; Gerth, BB 1981, S. 1613.

Schon der Wortlaut ergibt, daß die Erklärung nicht von einem Rechtsbindungswillen der Muttergesellschaft getragen sein kann¹. Die Muttergesellschaft erklärt nämlich, mit Rücksicht auf ihr Ansehen eine solche Gleichsetzung vorgenommen zu haben. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, daß ein solches Verhalten durch ihr Interesse an ihrem guten "standing" und an der Aufrechterhaltung ihres guten Namens bestimmt war. Sie betont damit, daß ihre Einstandsbereitschaft auf freiwilliger, moralischer Basis beruht hat².

Weiterhin spricht der Wortlaut ausschließlich von einem Verhalten der Muttergesellschaft in der Vergangenheit. Ein Schluß, daß ein solches Verhalten auch für die Zukunft gelten soll, liegt zwar nahe, weil die Patronatserklärung V eine Besicherung des zukünftigen Kredites darstellen soll. Dies müßte aber deutlich erklärt sein; so enthält die Erklärung keine Aussage über die Zukunft³.

Neben dem Wortlaut ergibt sich auch aus den Umständen nicht, daß das Kreditinstitut nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen Rechtsbindungswillen der Muttergesellschaft schließen darf⁴. Zwar spricht die dabei heranzuziehende⁵ wirtschaftliche Bedeutung der Kreditbesicherung eher für einen Rechtsbindungswillen. Bei den vor Abgabe der Patronatserklärung

1 vgl. Mosch, S. 63; Gerth, S. 52; Obermüller, S. 15.
2 vgl. Mosch, S. 63; Gerth, S. 56; Schaffland, S. 1024; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Obermüller, S. 15; v. Westphalen, S. 200; Altenburger, S. 45.
3 vgl. Mosch, S. 64; Gerth, S. 52 und 56; Müllhaupt, S. 113; Schaffland, S. 1024; Fischer/Schaffland, Heft 3, S. 38; Obermüller, S. 15; Sperl, S. 737.
4 vgl. BGHZ 21, 106/107.
5 vgl. BGHZ 21, 107.

regelmäßig stattfindenden Verhandlungen bringt die Muttergesellschaft aber deutlich zum Ausdruck, daß ihr an einer möglichst unverbindlichen Erklärung gelegen ist. Das Kreditinstitut weiß daher, daß es nicht darauf vertrauen darf, mit der Patronatserklärung V eine Interzessionserklärung zu erhalten¹. Auch nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bleibt die Patronatserklärung V im Gefälligkeitsbereich. Sie ist eine auf den guten Willen und die kaufmännische Anständigkeit abgestellte Zusage, die keinen klagbaren Anspruch begründet²: ein gentlemen agreement³.

2. Rechtsscheinhaftung

Für die Anwendung der Grundsätze der Rechtsscheinhaftung ist in diesem Zusammenhang kein Raum. Denn "die Rechtsscheinhaftung ist gekennzeichnet durch das Erfordernis eines äußeren Tatbestandes, nämlich des Anscheins einer rechtserheblichen äußeren Tatsache, deren Berücksichtigung zu einer Diskrepanz zwischen wahrer und scheinbarer Rechtslage führt."⁴ Die Patronatserklärung V kann dagegen allenfalls den "Anschein" erwecken, die Muttergesellschaft handle mit Rechtsbindungswillen. Der "Anschein" eines Rechtsbindungswillens ist jedoch kein Rechtsschein⁵. Eine Rechtsscheinhaftung der Muttergesellschaft scheidet daher bei der Patronatserklärung V aus⁶.

1 Gerth, S. 57, hat darauf hingewiesen, daß ein anderes Auslegungsergebnis in seltenen Ausnahmefällen dann in Betracht kommen kann, "wenn das Kreditinstitut darlegen und beweisen könnte, es habe sich darauf verlassen, daß die Muttergesellschaft schon früher auf der Basis dieser Patronatserklärung gegenüber ihm oder anderen Gläubigern widerspruchslos gezahlt habe".

2 vgl. Hans OLG Hamburg, MDR 1953, 482.

3 vgl. Müllhaupt, S. 113; Obermüller, S. 15.

4 vgl. Rehbindner, S. 318.

5 vgl. Rehbindner, S. 319.

6 vgl. Seiler, S. 66.

3. Bilanzierung

Für die Patronatserklärung V besteht weder eine Vermerk noch eine Berichtspflicht¹.

§ 5 Schlußwort

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die rechtliche Tragweite von Patronatserklärungen sehr verschieden ist. Gleichzeitig hat sich herausgestellt, daß die Patronatserklärung I aus guten Gründen in der Praxis am häufigsten Verwendung findet: sie ist die einzige, die den Sicherheitswert der traditionellen Kreditsicherheiten Bürgschaft und Garantie in etwa erreicht. Dagegen können die Erklärungen II - V nicht als Kreditsicherungsmittel im eigentlichen Sinne angesehen werden. Ihr Schwergewicht liegt darauf, dem Kreditinstitut "a warm feeling"² zu vermitteln³.

1 vgl. Gerth, S. 59; Stellungnahme IdW, S. 1924; Erläuterungen IdW, S. 210; Obermüller, S. 40; Mosch, S. 281 und 300; v. Westphalen, S. 200; Schaffland, S. 1024; Schaffland will aber bei Vorliegen eines faktischen Leistungszwanges eine Vermerkplicht annehmen; dies ist mit Gerth, S. 134 ff, abzulehnen.

2 vgl. Käser, RabelsZ 35, S. 613.

3 Siehe auch Schneider, S. 309/310.

Lebenslauf

Name: Dagobert Friedrich Josef Kohout
Geburtstag: 1.11.1948
Geburtsort: Hunswinkel/Altena
Eltern: Dr. Friedrich Kohout und Irma, geb. Keßler
Schulen: Volksschule Koblenz-Metternich
Ostern 1955 - Herbst 1955
Volksschule Koblenz-Karthause
Herbst 1955 - Ostern 1959
Eichendorff-Gymnasium Koblenz
Ostern 1959 - Juni 1967
Reifeprüfung: 19.6.1967
Wehrdienst: 1.10.1967 - 31.3.1969
Jurastudium: Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Sommersemester 1969 - Sommersemester 1975
1. Staatsprüfung: 8.7.1975
Heirat: 1.8.1975
Wiederholung der
1. Staatsprüfung zur
Notenverbesserung: 14.1.1976
Referendarzeit: 1.11.1975 - 28.2.1978
2. Staatsprüfung: 2.2.1978
Zulassung als
Rechtsanwalt: 29.4.1980
Tag der mündlichen Prüfung: 15.2.1984

DRUCKWERKSTÄTTEN
DIETER HOFFMANN
MAINZ-EBERSHEIM

